# كِتَابُ التَّقْرِيبِ

## فِي مَسَائِلِ الْخِلَافِ بَيْنَ الْأَصْحَابِ مَعَ أَدِلَّتِهَا


لِلشَّيْخِ الإِمَامِ

أَبِي الحُسَيْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ القُدُورِيِّ

(ت ٤٢٨هـ)

اعْتِنَاء

مُحَمَّد يَاسِر شَاهِين


نُسْخَةٌ فَرِيدَةٌ تَبْلُغُ ثُلُثَي الكِتَابِ

المجلد الثاني


دَارُ الرَّيَاحِين

# فهرس المحتويات

## [المجلد الثاني]

* * *

# كتاب الدعوى

## [دعوى الجراحة فيما دون النفس] – [معنى النكول]

[٥٦٨.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ادعى رجل على آخر جراحة عمدًا فيما دون النفس: يُقتص من مثلها، فنكل المدعى عليه عن اليمين: فإنه يقضى عليه بالقصاص. وهو القياس في النفس، إلا أنه استحسن ولم يوجب فيها القصاص. وقالا: يحكم عليه بالأرش فيهما. وهذا فرع على اختلافهم في معنى النكول:[1]

فعند أبي حنيفة: أنه في معنى البدل، وقد بيَّنَّاه. وبدل ما دون النفس يصح من طريق الحكم؛ ألا ترى أن استيفاءه [١٤٦ظ] بالبدل كاستيفائه بحق في سقوط القصاص والضمان متى أذن رجل لرجل في قطع يده، وإذا صح بدله جاز استيفاؤه بالنكول كالأموال، وهذا هو القياس في النفس وإنما تركه لما سنبينه.

وأما على قولهما: فالنكول قائم مقام الإقرار وليس بصريح فيه؛ بدلالة افتقاره إلى حكم الحاكم، والإقرار حكمه ثابت بنفسه. ولأنه لو أقر ثم حلف لم يلتفت إلى يمينه، فلو نكل ثم حلف تعلق بيمينه حكم، فبان أنه أقيم مقام الإقرار، والقصاص لا يثبت بما قام مقام الغير، ومتى تعذر استيفاء القصاص بالنكول ثبت المال، كدم العمد المشترك إذا تعذر استيفاؤه بالعفو.

وأما في النفس فقال أبو حنيفة: يحبس حتى يحلف أو يقر. وقالا: يحكم عليه بالدية. وقد كان القياس أن يقتص؛ لما قدمنا، وإنما استحسن في إسقاط القصاص

---

١ انظر: الأصل، ٥٧٨/٧.

استعظامًا لحرمة النفس؛ ألا ترى أنه تعلق بها ما لم يتعلق بغيرها من تكرار الأيمان ووجوب الكفارة، وما دونها لم تثبت له هذه الحرمة، فلذلك افترقا.

وإنما قال: "إنه يحبس" لأن اليمين يكون حقًا في الأنفس، يدلُّك عليه اجتماع الدية والقسامة في القتيل الذي يوجد في المحلة، وإذا جاز أن يكون نفس الحق فمتى امتنع من إيفائها وتعذر الحكم بموجب نكوله من القصاص وجب أن يحبس لإيفاء الحق الذي يثبت قبله، وهو اليمين. ولا يجوز أن يقال: فأوجبوا [في] الدية كما توجبون في القسامة؛ وذلك لأن الدية هناك تجب بسبب معلوم وهو وجود القتيل في المحلة، وهذا المعنى لا يوجد في مسألتنا.

وما قالاه من إيجاب الدية بالنكول: ليس بصحيح؛ لأن ما قام مقام الغير إذا لم يثبت به القصاص لم تثبت بمقتضاه الدية، كشهادة رجل وامرأتين. ولأن النكول بدل فيما حصل فيه النكول، وهو إنما نكل عن النفس فلم يجعل بدلًا في المال؛ لامتناع أن يصرف بدل الواحد [عن][1] بدله إلى غيره، وليس هذا كالمدعي [١٤٧ر] والمدعى عليه إذا اختلفا في الخطأ والعمد؛ وذلك لأن موجب الخطأ المال، ودم العمد فيه معنى المال؛ بدلالة عفو أحد الوليين، فصار في مضمون إحدى الدعويين تصديق الأخرى. وفي مسألتنا ادعى أحدهما قتل العمد، والآخر نكل عن يمينه من قتل العمد فلم يدع واحد منهما ما يتضمنه فلم يجز إثباته. وأما على قولهما فالإقرار قائم مقام الغير، فتعذر إثبات القصاص به فثبت في المال.

[القضاء ببينة يدٍ كانت]

[٥٦٩.] مسألة قال رحمه الله: المشهور عن أصحابنا أن المدعي إذا أقام البينة بيد كانت: لم تقبل. وحكى أبو بكر عن أبي يوسف: أنه يقضى بهذه البينة.

---

١ وما في المخطوط: عما، وصورته في المخطوط: .

وجه قولهم المشهور: أن يد المدعي زائلة في الحال من طريق المشاهدة، فلو قبلنا البينة لاستصحبنا اليد من طريق الاستدلال، ولا يجوز رفع يد مشاهدة بيد من طريق الاستدلال. ولأنها إذا كانت مشاهدة فهو آكد من أن يقول الشهود: "كانت في يده أمس، وليست في يده اليوم"، ولو قالوا ذلك لم يقبل، فهذا أولى. ولا يلزم على هذا: إذا أقر المدعى عليه بيد كانت؛ وذلك لأن الإقرار ثبت حكمه بنفسه فالجهالة لا تؤثر فيه، والبينة لا تثبت إلا بحكم الحاكم، والحاكم لا يحكم بها مع الجهالة. ولا يلزم على ما ذكرنا: إذا شهدوا أنها كانت في يده إلى أن مات؛ لأن هذه شهادة باليد مع جهة انتقال الملك، فصاروا كما لو قالوا: "باع وسلَّم".

وجه قول أبي يوسف: أن اليد سبب في الاستحقاق كالملك، فكما لو شهدوا بملك كان قبلت الشهادة، كذلك بيد كانت. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الملك المتقدم لا يعلم زواله فجاز استصحابه، واليد قد علم زوالها فلم يجز استصحابها مع وجود ما ينافيها.

## [بينة صاحب اليد وديعة عين في يده]

[٥٧٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ادعى عينًا في يد رجل، وأقام صاحب اليد البينة أنها وديعة [١٤٧ظ] لفلان الغائب: دفع الخصومة عن نفسه. وقال أبو يوسف: هذا على ما يقع عند القاضي، فإن اتهمه قضى للمدعي، وإن لم يتهمه توقف الأمر.

وجه قول أبي حنيفة: أن الشهود قد أثبتوا اليد للغير، فلم يجز إثبات الخصومة بين الحاضر وصاحب اليد إلا بوكالة. ولأنه أحال بالخصومة على غيره بالبينة، فصار كما لو أحال بالدين عليه.

لأبي يوسف: أن القاضي متى غلب على ظنه أن الغائب توصل بالإيداع إلى إيقاف الحكم فقد صار ممتنعًا من المحاكمة، فينصب القاضي عنه خصمًا، كما قال في

المتمرد إذا احتجب في منزله وامتنع من المحاكمة، وكذلك إن غلب في ظنه أن الدار لمن هي في يده، وإنما سلمها باطنًا إلى رجل فيسلمها منه ظاهرًا، أو أمره أن يغيب ليؤخر الخصومة: فإنه يجعل صاحب اليد خصمًا. وهذا الذي قاله ضعيف؛ لأن البينة قامت بما يقتضي نقل الخصومة، فلا معتبر بظن القاضي، كما لو شهدوا ببيع فغلب في ظنه أن لا حقيقة له.

## فصل

## [الشهادة لمجهول الاسم والنسب]

[٥٧١.] وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا شهدوا أن الدار لرجل غائب سلَّمها إلى هذا الحاضر يعرفونه بوجهه ولا يعرفون اسمه: دفع الخصومة. وقال محمد: لا يدفع الخصومة حتى يذكروا رجلًا معروف الاسم والنسب.[1]

وجه قولهما: أن المقصود بهذه البينة وصول الشيء من يد غائب إلى يد حاضر؛ ليخرج من أن يكون خصمًا، وليس المقصود إثبات الملك للغائب؛ لأن الملك لا يثبت له من غير الدعوى، ومتى عرفوا الغائب بوجهه فقد حصل التسليم من غائب إلى حاضر فسقطت الخصومة. وليس كذلك إذا قالوا: "لا نعرفه بوجهه"؛ لأنا لا نتيقن أن الدار وصلت إليه من جهة الثالث؛ لجواز أن يكون المدعي سلَّمها إليه، ولهذا قالوا: لو كان المدعي أبيض فشهدوا أن المسلِّم كان أسود لا يعرفونه بوجهه، [١٤٨و] أو كانت امرأة: أن الخصومة تسقط؛ لأنا تيقنا أن الدافع غير المدعي.

لمحمد: أن الخصومة قد لزمت الحاضر، وهو بالبينة يحيل بها على غيره، فمتى ذكر معروف النسب أمكن المدعي اتباعه ومطالبته، ومتى ذكر مجهول الاسم لم يمكن اتباعه، فلو أسقطنا الخصومة عنه لأبطلنا حق المدعي، وهذا لا يصح.

---

١ انظر: الأصل، ٥٨٢/٧.

## [تعارض بينتان موقتتان، وإحداهما أسبق]

[٥٧٢.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا كانت الدار في يد رجل فادعاها خارج، وأقام البينة أن أباه مات منذ سنة وتركها ميراثًا، وأقام الآخر البينة أن أباه مات منذ سنتين وتركها ميراثًا: إن صاحب السنتين أَوْلى. وكان قول أبي يوسف الأول: أنهما سواء، وهو قول محمد.[١]

وجه قولهما: أن صاحب السنتين أقام البينة على أنه أول المالكين، وأن الشيء لا يستحق بعد ذلك إلا من جهته، والآخر أقام البينة على الاستحقاق من غير جهته فلم تقبل بينته، كصاحب النتاج والملك. ولأن الوارث يخلف الميت في ملكه ويقوم مقامه، فصار تأريخه لملكه، كتأريخ ملك الميت، ولو أرَّخا ملك الميتين كان الأول أولى، كذلك هذا. وعلى هذا قالا في شراء الاثنين من واحد أو من اثنين: إن صاحب التاريخ الأول أولى؛ لأنه أقام البينة أنه أول المالكين، وأن الشيء لا يستحق بعد ذلك إلا من جهته.

وجه قول محمد: أن الوارث يثبت ملك الميت؛ ألا ترى أنه لا يسلم له إلا من جهته، وملك الميتين غير مؤرَّخ، فكأنهما أقاما البينة على ملك مطلق فيستويان. قال هشام: قلت لمحمد: فإن أقام البينة أنها دار أبيه من سنتين، مات وتركها ميراثًا، فقال: يقضى بها لصاحب التاريخ الأول؛ لأنه أرخ ملك الميت. وقد ذكر في الأصل: الشراء من واحد ومن اثنين أن صاحب التاريخ أولى من غير خلاف. وكذلك ذكره أبو الحسن.

وكان [١٤٨ظ] أصحابنا يفرقون لمحمد بين الشراء من اثنين والميراث؛ لأن المشتري لا يقوم مقام البائع في الملك، وإنما يثبت ملكا مبتدأ، والوارث يخلف

---

١ انظر: الأصل، ٧/٥٩٦؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/٢٠٠، ٢٠١.

الميت في ملكه ويقوم مقامه، فصار المشتري مثبتا لملك نفسه، فتعلق بتأريخه حكم، والوارث مثبت لملك الميت فلم يتعلق بتأريخه حكم؛ إذ ملك الميت غير مؤرخ. وكان أبو بكر الرازي يقول: لا خلاف بينهم في الشراء من واحد؛ لأنهما لا يختلفان في ملك البائع، وإنما يثبتان ملكهما، فالأقدم أولى. وقد ذكر محمد في الإملاء مسألة الشراء من اثنين وقال: إنهما سواء؛ لأن الملك لا يَسْلَم لهما إلا بثبوت ملك البائعين وهو غير مؤرخ، فلا يحتاج إلى فرق إذا سوى بين المسألتين.

## [تعارض بينة موقتة وبينة غير موقت]

[٥٧٣.] مسألة روى ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة في الإملاء في الخارجين إذا أقام أحدهما البينة أن الدار له منذ سنة، وأقام الآخر البينة أنها له ولم يوقت، قال: أقضي بها بينهما نصفين. وقال أبو يوسف: صاحب الوقت أولى. وروي عن أبي حنيفة مثله. وقال محمد: للذي لم يوقت.[١]

لأبي حنيفة: أن بينة صاحب الوقت لا تدل على تقدم الملك؛ لجواز أن يكون ملك الآخر أسبق، والتاريخ يتعلق به الملك؛ لما فيه من تقدم الملك، ويصير في معنى النتاج، وإذا لم يدل على التقدم صار وجوده وعدمه سواء.

لأبي يوسف: أن صاحب الوقت قد علمنا أنه مالك منذ سنة، والآخر لا يعلم تقدم ملكه؛ ألا ترى أن الشهود لو عرفوا ذلك لأثبتوه، فلم يجز إسقاط ملك قد تيقناه في زمان الشك.

لمحمد: أن البينة بالملك المطلق تقتضي ملك الأصل؛ بدلالة أن الباعة يرجع بعضهم على بعض بالثمن، ويستحق المدعي الأولاد والنماء، فصار الملك المطلق في

---

١ انظر: الأصل، ٥٩٥/٧؛ شرح مختصر الطحاوي، ١٩٥/٨.

حكم النتاج، فيكون أولى من التاريخ. وهذا ليس بصحيح؛ لأن صاحب اليد إذا أقام البينة على ملك مطلق، وأقام الخارج البينة على [١٤٩و] ملك موقت، فكان الخارج أولى. ولو اقتضى ملك الأصل يقضى لصاحب اليد كالنتاج. وكذلك لو أقام أحد الخارجين البينة أن العبد له منذ سنة أعتقه، وأقام الآخر البينة على العتق المطلق كان صاحب العتق أولى، ولو جعل هذا في حكم النتاج لوجب أن يفسخ الملك، كما لو أقام الخارج البينة على تقدم التاريخ.

## [تعارض بينتان موقتتان، وبينة صاحب اليد أسبق]

[٥٧٤.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أقام الخارج البينة أن الدار له منذ سنة، وأقام صاحب اليد البينة أنها له منذ سنتين: فصاحب اليد أولى. وذكر ابن سماعة عن محمد أنه رجع عن هذا بعد عوده من الرَّقَّة سنة ثلاث وثمانين ومائة، وقال: الخارج أَوْلى.

لهما: أن صاحب اليد أقام البينة على أنه أول المالكين، وأن الشيء لا يستحق بعد ذلك إلا من جهته، فلم تقبل بينة الخارج على الاستحقاق إلا من جهته كالخارجين. ولأن التأريخ معنى لا يدل عليه ظاهر اليد، فصار كالنتاج، فتقبل بينة صاحب اليد عليه.

لمحمد: أن التأريخ ليس بجهة للملك فبقي الملك مطلقًا، فلم تقبل بينة صاحب اليد. وليس كذلك النتاج؛ لأنه جهة للملك فقبلت البينة به، كما لو شهدوا أنه اشتراها من الخارج.

وقال في الأصل في هذه المسألة: إن الخارج أولى. وكان أبو بكر يقول: إنما وضع المسألة على أن الشهود شهدوا لصاحب اليد أنها في يده منذ سنتين، ولم يذكروا الملك فلذلك قدم الخارج؛ ألا ترى أنه علَّل فقال: إن الشهود لم يشهدوا أنها له.

## [توقيت صاحب اليد البينة، وإطلاق الخارج]

[٥٧٥.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وقت صاحب اليد ولم يوقت الخارج: فالخارج أولى. وقال أبو يوسف: صاحب اليد أولى.

أما أبو حنيفة: فبنى على ما قدمنا أن أحدهما متى أرخ دون الآخر فتأريخه لا يدل على سبق الملك، فسقط حكمه، فيصير كالملك المطلق، فكذلك في مسألتنا يصير كأنهما أطلقا الملك فيكون الخارج أولى. وأما أبو يوسف: فمن أصله أن التأريخين أحدهما [١٤٩ظ] يدل على سبق الملك، وصاحب اليد متى أقام البينة على ملك سابق كان أولى. وأما محمد فمن أصله: أن الخارج إذا أقام البينة على التاريخ كان من لا تاريخ معه أولى، وإذا لم يحكم ببينة الخارج مع التاريخ فلأن لا يحكم ببينة صاحب اليد أولى.

ولو وقت الخارج ولم يوقت صاحب اليد فالخارج أولى في قولهم. أما على أصل أبي حنيفة: فلأن التأريخ من أحدهما لا يعتد به، فكأنهما أقاما البينة على ملك مطلق فيكون الخارج أولى. وعلى أصل أبي يوسف: صاحب التأريخ أولى؛ لأنه يدل على سبق الملك. وعلى أصل محمد: أن صاحب اليد لا تقبل بينته وإن أرخ، فإذا أطلق أولى وأحرى.

## [الشهادة على ملك كان]

[٥٧٦.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا شهدوا أن هذه الدار كانت لأبيه: لم تقبل شهادتهم حتى يقولوا: "مات وتركها ميراثا". وقال أبو يوسف: يقضى بها.

وجه قولهما: أنهم شهدوا بملك كان، وقد علمنا في الحال زواله، ولا نعلم هل زال إلى الوارث أو إلى غيره؟ فلم يجز القضاء بالشك. ولأنا لو استصحبنا ملك الأب مع زواله في الحال لاستصحبنا مع وجود ما ينافيه، وهذا لا يصح. ولا يلزم على

هذا إذا قالوا: مات وتركها ميراثًا، أو كانت له إلى أن مات؛ لأن الموت سبب لانتقال الملك إلى الوارث، فقد شهدوا بالملك مع جهته فتقبل. ولا يلزم: إذا أقر المدعى عليه أن الدار كانت لأبيه؛ لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه وإن لم يحكم به حاكم، فجاز أن يستصحب مع وجود ما ينافيه، كما يثبت مع المجهول، والبينة لا يتعلق بها حكم إلا بحكم الحاكم، فلم يجز أن يستصحب الشيء مع ما ينافيه.

لأبي يوسف: أنهم شهدوا بالدار لأبيه، والظاهر أن الملك مستصحب إلى أن يعلم زواله، فصار كما لو شهدوا أنها كانت له. وهذا ليس بصحيح؛ لأنهم متى شهدوا أنها كانت له فلم يوجد ما ينافي الملك، فجاز استصحابه. وفي مسألتنا قد علمنا زوال الملك فلم يجز استصحاب ما شهدوا به، كما لو قالوا: "كانت لفلان [١٥٠و] أمس وليست له اليوم".

وقد روي عن أبي يوسف روايتين ضدين: إحداهما أن الشهادة بيد كانت تقبل. والأخرى: أن الشهادة بملك كان لا تقبل، فلا بد أن تكون إحداهما رجوعًا إلى الآخر.

وعلى هذا قال أبو حنيفة ومحمد: إذا شهدوا أنها كانت لجده لم تقبل الشهادة حتى يثبتوا ورثة الجد، وانتقالها إلى ابن الابن، وذلك لما قدمناه. وقال أبو يوسف: يقضى بها للجد، لأن الظاهر أن الملك مستصحب، وتوضع على يدي عدل حتى يثبت عدد الورثة.

## [دعوى أنه ابن الميت]

[٥٧٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أقام البينة أنه ابن فلان الميت يلزم القاضي دفع المال إليه ولم يأخذ منه كفيلًا. وقالا: يؤخذ منه الكفيل استحسانًا.[١]

---

١ انظر: الأصل، ٥٨٥/٧، ٥٨٦.

لأبي حنيفة: أن كونه ابنا يقتضي استحقاق الميراث، وإنما يسقط عن بعض ذلك بوجود المزاحمة ولا تعلم، فلو أخذنا الكفيل منه لأخذناه بمكفول له مجهول، وهذا لا يصح. ولأن جواز أن يكون وارث آخر كجواز أن يكون موصى له أو غريم، ومعلوم أنهم لو شهدوا أنه ابنه ووارثه، لا وارث له غيره لم يؤخذ منه كفيل؛ لجواز أن يكون وصية أو دين، فكذلك هاهنا.

وجه قولهما: أن الإنسان قد يكون له ورثة في بلدان مختلفة، ولا يؤمن أن يكون له ابن آخر، فإذا حصر ثبت حقه، والقاضي منصوب للاحتياط، فكان أخذ الكفيل أولى. وقد قال أبو حنيفة في هذه المسألة: "هذا شيء احتاط به القضاة وهو ظلم" معناه ظلم على مذهبي وفي اجتهادي.

## [دعوى ميراث الدار له ولغائب]

[٥٧٨.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أقام البينة أن الدار ميراث بينه وبين أخيه الغائب، لا وارث لأبيه غيرهما، وصاحب اليد يجحد: سلم إلى الحاضر نصيبه، ولم يتعرض لنصيب الغائب. وقالا: يؤخذ نصيب الغائب ويوضع في يد عدل.[١]

لأبي حنيفة: أن كل واحد من الورثة قائم مقام الميت، وخصم عنه، وليس بقائم مقام شريكه في الميراث، فلو انتزعنا [١٥٠ظ] نصيب الغائب لقضينا له من غير حضوره، ولا حضور من قام مقامه، وهذا لا يصح. ولأن العقار لا يخشى عليها التلف فلم يجز انتزاعه لحق الغائب إلا بحضوره أو حضور من قام مقامه، أصله: إذا كانت الشركة من عين الميراث. وقد كان القياس في العروض أن لا ينتزع، وإنما استحسنوا لأنه يخشى عليها التوى والتلف، ولا يؤمن أن يتلفها من في يده، فكان للقاضي انتزاعها لحق

١ انظر: الأصل، ٥٨٧/٧.

الميت. وأما العقار فيؤمن فيه هذا المعنى فلم يكن انتزاعه لحق الميت، وإنما هو لحق الغائب، وذلك لا يجوز إلا بحضوره أو حضور من قام مقامه.

لهما: أن البينة لما أقيمت بالميراث مع جحود صاحب اليد وجب إزالة يده كالعروض. ولأنه لا يؤمن أن يحضر الغائب وقد مات الشهود وعزل القاضي، وصاحب اليد جاحد: فيؤدي ذلك إلى تلف حقه، فكان الاحتياط إزالة يده عن ذلك.

[بينة الزوجين على التزويج ولا يعلم عدد الورثة]

[٥٧٩.] مسألة قال في الأصل: إذا أقام الزوج والزوجة البينة على التزويج، ولا يعلم عدد الورثة: دفع إلى الزوج الربع، وإلى الزوجة الثمن، ولم يضفه إلى أحد. وعن محمد في غير الأصول: أن للزوج النصف وللزوجة الربع. وأصحابنا يقولون: ما في الأصل قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وذكر عن أبي حنيفة وأبي يوسف مثل قول محمد. وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن للمرأة ربع الخمس. وقال الحسن: للزوج الخمس وللمرأة ربع التسع. وعن أبي يوسف مثله. وروي عنه: ربع الثمن.

وجه ما ذكره في الأصل: أن الزوج والزوجة يستحقان الميراث في جميع الأحوال كالأبوين، ويستحقان بسبب منقطع في الحال، فهم أضعف من الإخوة، فالبينة الأولى تقتضي أن يأخذوا أوفر الحظين، والبينة الثانية تقتضي أن لا يأخذا إلا المتيقن، فأعطاهما أدنى الحقَّين، ولم يعتبر العول والمشاركة؛ لأنه لا يثبت إلا بزيادة عدد ولم توجد. ولأنا أضررنا بهما من وجه فلا نُضرُّ بهما من كل وجه.

لمحمد: أنهما يرثان بكل حال كالابن.

وأما الرواية التي اعتبر فيها [١٥١و] أبو حنيفة ربع الخمس: فلأنه حكم بأربع نسوة وأختين لأب وأم وأختين لأم، فللنسوة الربع، وللأختين من الأب والأم الثلثان، وللأختين من الأم الثلث؛ فعالت إلى خمسة عشر، فللواحدة ربع ذلك.

وأما الحسن فاعتبر المتيقن، فقال: أدنى أحواله أن يكون معه ابنتان وأبوان، فللبنتين الثلثان، وللأبوين السدسان، وللزوج الربع، فيصير له ثلاثة من خمسة عشر وهو الخُمس. وأما المرأة فأدنى أحوالها ابنتان وأبوان وأربع زوجات، فللنسوة الثمن وللابنتين الثلثان، وللأبوين السدسان، ويصير للنسوة التُسع، وللواحدة ربع ذلك، وهو سهم من ستة وثلاثين سهما.

وقد قالوا في جد الميت وابن ابنه إذا أقاموا البينة بالنسب: إنه لا يقضى لهم بشيء؛ لأنهم يستحقون في حال دون حال، فصاروا كمولى العتاقة. وقالوا في الأب مع الابن: إنه يقضى لهما؛ لأنهما يستحقان في جميع الأحوال.

## [تعارض بينتي دعوى الشراء]

[٥٨٠.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أقام الخارج البينة أنه اشترى من صاحب اليد، وأقام صاحب اليد البينة أنه اشترى من الخارج: تهاترت البينتان. وقال محمد: يقضى أن الدار كانت للخارج باعها من صاحب اليد، وسلمها، ثم ابتاعها ولم يتسلمها، ويؤمر لصاحب اليد بتسليمها إليه.

لهما: أن دخول المتعاقدين في الشراء اعتراف لبائعه بالملك، ولهذا لو ادعى الشيء لنفسه لم تقبل، ولو أقام بينة أنه كان لغير بائعه لم تقبل بينته، فصار كأنهما أقاما البينة على صريح الإقرار من كل واحد منهما للآخر، فتهاتر البينتان. ولأنه لا يصح أن يحكم بوقوع البينتين معًا؛ لاستحالة أن ينتقل الملك من كل واحد منهما إلى الآخر في حالة واحدة، ولا يجوز أن يحكم بتقدم أحدهما؛ لأنه إثبات تاريخ لم يشهد به الشهود. ولأن التاريخ سبب للاستحقاق فصار كالقبض، فإثباته بالشك لا يجوز.

لمحمد: أن الواجب حمل البينات على الصحة ما أمكن، ومتى حكمنا أن الدار [١٥١ظ] كانت للخارج باعها من صاحب اليد وسلمها، ثم باعها صاحب اليد منه:

كان ذلك حكمًا بالبينتين، فهو أولى من الحكم بأحدهما أو بإسقاطهما. ولا يجوز أن يحكم بأن الدار كانت لصاحب اليد، فباعها من الخارج، ثم باعها الخارج منه؛ لأنه يؤدي إلى إفساد أحد البيعين؛ ألا ترى أن صاحب اليد يكون قد اشترى ما باعه قبل القبض.

وإذا أقام كل واحد منهما البينة على الشراء والقبض: فهي لصاحب اليد عند محمد؛ لأنه يحكم أنها كانت لصاحب اليد أولًا باعها من الخارج وسلمها، وباعها الخارج منه وسلمها. ولا يجوز أن يحكم أنها كانت للخارج أولًا باعها وسلمها، ثم باعها صاحب اليد وسلمها؛ لأن ذلك يؤدي إلى أن يكون صاحب اليد غاصبًا، ومتى أمكن حمل قبضه على البيع كان أولى من حمله على الغصب.

فإن وقَّتا وكان وقت صاحب اليد أخيرًا: قضي بها له عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه لا فائدة في القضاء بها للخارج وإبطال ذلك في الحال والقضاء بها لصاحب اليد. كما قالوا في الخارج إذا أقام البينة على الملك، فقضي له، ثم أقام آخر البينة بالملك فقضي له، ثم أقام صاحب اليد الأولى البينة على الملك: لم يقض له بشيء؛ لأنا لو قضينا له بالملك لاستحقه المقضي له من يده، ثم يستحقه صاحب اليد الثالث، فلا معنى للقضاء عليه بما يبطله في الحال. وأما محمد: فإنه يحكم بالبينتين، وكأن الدار كانت لصاحب اليد، باعها من الخارج، وسلمها، ثم اشتراها منه وقبضها.

ولو كان وقَّت صاحب اليد أولًا قضي بها على قولهما، وعند محمد: يحكم بالبينتين، ويصير كأن صاحب اليد اشتراها من الخارج منذ شهر وقبضها، ثم باعها منه منذ عشرة أيام وسلمها، ثم عادت إلى يده على وجه الغصب، فيؤمر بردها. وقد استوفى فروع هذا النوع في الجامع. وفيه اضطراب على قول محمد قال: ولو كان الخارج أقام البينة على الهبة والقبض، وأقام صاحب [١٥٢و] اليد البينة على مثل ذلك

تهاترت البينتان عندهما. وقال محمد: يحكم بها لمن هي في يده. أما على أصلهما: فدخولهما في الهبة اعتراف من كل واحد منهما لصاحبه بالملك، فصار كالشراء الذي قدمناه. وأما محمد فإنه قال: أجعل الدار لصاحب اليد أولًا، وهبها من الخارج وسلمها ثم استوهبها وقبضها.

## [تعارض بينتي الخارج وصاحب اليد في النتاج]

[٥٨١.] مسألة قال أصحابنا: إذا تعارضت البينتان من الخارج وصاحب اليد في النتاج: قضي به لصاحب اليد. وقال عيسى: تتهاتر البينتان، وتترك الدار في يد من كانت في يده من غير حكم. وهذا الذي قاله خلاف مذهبهم؛ لأنهم قالوا: إن الخارج لو أقام البينة بعد هذه الحال لم يلتفت إلى بينته، فلو لم يكن مقضيًا عليه بالنتاج لكانت بينته مقبولة.[1]

وقد ذكر محمد في مسلوخة في يد رجل، وأطرافها في يد آخر، وكل واحد منهما يقيم البينة على النتاج: أن الذي في يده المسلوخة يأخذ أطرافها من الآخر، فلو كانت إنما تركت في يده على وجه تهاترت البينتان: لم يستحق الأطراف على الغير.

وقد ذكر محمد في الزيادات في الباب الثاني مسائل النتاج، ورد الباعة بعضهم على بعض بالأيمان، فلولا أن ذلك على طريق القضاء لم يرجع المستحق عليه على غيره بالثمن.[2]

وقد قالوا في الخارج: إذا أقام على النتاج، فقضي له بالدار، ثم أقام صاحب اليد البينة بالنتاج: قضي له. فلو كان موجبها التهاتر عند الاجتماع: لم يقض بالثاني إذا سبق القضاء الأول، كما قالوا في الشهادة: أنه قتل يوم النحر بمكة، وأنه قتل يوم

١ انظر: الأصل، ١٣/٨.

٢ منتخب الزيادات، ١٦و، ١٦ظ.

النحر بالكوفة: لما كان مقتضاهما التهاتر، فإذا قضي بإحداهما لم تقبل الأخرى بعدها.

وإن كان ما ذكره مذهبًا اختاره فالدليل على فساده: ما روي في حديث جابر أن النبي عليه السلام قضى في ناقة في يد رجل [١٥٢ظ] ادعاها آخر، وأقام البينة أنها نتجت عنده، وأقام الذي في يديه على مثل ذلك قضى لصاحب اليد. ولأن الخارجين إذا أقاما البينة على النتاج قضي به بينهما نصفين، فلولا أنه سبب في الاستحقاق لم يقض به بينهما.

وجه قول عيسى: أن ولادة الحيوان يستحيل أن تكون في ملك الاثنين، فقد تيقنا كذب إحدى الطائفتين، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فصار كما لو شهدا أنه قُتِل يوم النحر بمكة وشهد آخر أنه قتل بالكوفة. وهذا ليس بصحيح؛ لأن البينة بالقتل لا تقوم إلا على المشاهدة، ويستحيل أن يشاهدوا القتل في الموضعين، فأما النتاج فلم تجر عادة الشهود أن يحضروا الولادة، وإنما يشهدوا بمشاهدة[1] اتباع الولد أمه، وهذا يصح أن يوجد من الجهتين، فصار كالبينة بالأملاك.

[تنازع بينتي دعوى الدار: مهرًا وشراءً]

[٥٨٢.] مسألة قال أبو يوسف: لو أقامت المرأة البينة على رجل أنه تزوجها على هذه الدار، وأقام آخر البينة أنه اشتراها منه: كانا سواء، وتقسم الدار بينهما نصفين. وقال محمد: صاحب الشراء أولى.

لأبي يوسف: أن كل واحد من العقدين قد ساوى الآخر في باب أن صحته لا تفتقر إلى القبض، ولا يقف العقد على انضمام معنى آخر إليه، فصار كالبيعين. وأما محمد: فبنى المسألة على أصله في تصحيح البينات، فحمل الأمر على ابتياع الدار

١ وفي المخطوط: لمشاهدة، ولعل ما أثبت هو الصواب.

أولًا، ثم تزوج عليها، فتصح التسمية، فمتى حمل الأمر على أنه تزوجها أولًا ثم باعها كان البيع فاسدًا، وكان تصحيح البينتين أولى.

## [تعارض بينتي دعوى العبد]

[٥٨٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كان عبد في يدي رجل أقام آخر البينة أنه عبده ولد من أمته هذه وعبده هذا، وأقام آخر البينة بمثل ذلك، كان العبد ابن العبدين والأمتين. وقالا: لا يثبت نسبه من الأمتين.[١]

لأبي حنيفة: أن مرجع الشهود في النسب إلى الظاهر والخبر، ويجوز أن يكون كل واحد من الفريقين [١٥٣و] رأى الولد في يد إحدى الأمتين ترضعه وتربّيه، وسمع أنه ابنها فشهد بذلك، فقد تساويا في سبب الاستحقاق على وجه لم يبين به كذب أحد الفريقين، فصار كالأملاك. ولأنه يمكن إثبات الحقوق المتعلقة بالولادة مثل التوارث والنفقة وإن لم يحكم بالولادة، كما يحكم بأحكام الولادة في النتاج وإن لم يحكم بولادة الدابتين الدابة الواحدة.

وجه قولهما: أن نسب الولد من المرأة يثبت بالولادة، ويستحيل أن تلده كل واحدة منهما، فتيقنا كذب الفريقين، وليس أحدهما بأولى من الآخر.

## [تعارض قول الغازل والمالك]

[٥٨٤.] مسألة قال أصحابنا: إذا اعترف الرجل أنه غزل قطن فلان بغير أمره، وزعم المالك أنه غزله بأمره، فالقول قول المالك. وقال زفر: القول قول الذي غزله.[٢]

---

١ انظر: الأصل، ٨/١١.

٢ انظر: الأصل، ٨/١٥، ١٦.

وجه قولهم: أنه اعترف له بالأصل، وادعى سبب التمليك، فلا يقبل قوله، كما لو قال: "بعتنيه". ولأن الأصل عدم الإذن، والأصل أن الملك لم ينتقل، فتعارض الظاهران، وبقي ملك المالك على ما كان عليه.

وجه قول زفر: أن الأصل أنه لم يأذن، ومن تمسك بالأصل فالقول قوله، ومن ادعى معنى حادثًا لم يلتفت إلى قوله. والجواب: أن هذا الذي ذكره ظاهر، والظواهر لا يُستحق بها حقًا على الغير وإنما يدفع بها الدعوى، فلم يجز استحقاق ملك الغير بالظاهر.

## [تعارض بينتي الخارج وصاحب اليد في عبد]

[٥٨٥.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف في عبد في يد رجل أقام الخارج البينة أن قاضي كذا قضى له به بشهادة شهود شهدوا له بالملك المطلق، وأقام صاحب اليد البينة على النتاج: فإنه يقضى به للخارج. وقال محمد: يقضى به لصاحب اليد.[١] [١٥٣ظ]

وجه قولهما: أن حكم الحاكم يجب حمله على الصحة ما أمكن، فيجوز أن يكون تعارضت البينتان عنده فجعل الخارج أولى على مذهب ابن أبي ليلى، وهذا مذهب يسوغ فيه الاجتهاد، فإذا حكم به لم يفسخ حكمه، ومتى احتمل ما ذكرناه كان حمل القضاء على الصحة والجواز أولى.

لمحمد: أن القاضي يجوز أن يكون قضى للخارج؛ لأن بينة صاحب اليد لم تقم، فمتى قامت بالنتاج قضى له به، فإذا رفع إلى قاض ثان فهو كالقاضي الأول، فيقضي ببينة النتاج، ويبطل الأخرى.

---

١ انظر: الأصل، ٨/٢٢، ٢٣.

## فصل

[٥٨٦.] وإن أقام الخارج البينة على قضاء القاضي، وأقام خارج آخر البينة على النتاج: قضي به للذي قضى به القاضي. وقال محمد: أقضي به لصاحب الولادة.

وكان أبو بكر الرازي يقول: قوله: "وأقام آخر البينة" معناه: وأقام الآخر يعني صاحب اليد، ولو أراد به خارجًا آخر لم يكن القضاء على صاحب اليد قضاء عليه، فلا بد من حمل هذه المسألة على الأولى. ويجوز أن تحمل على ظاهرها فيقال: هاهنا خارجان وصاحب يد، فيحتمل أن يكون صاحب اليد استحقه على صاحب النتاج، ثم استحقه المقضي له على صاحب اليد، فحصل هاهنا وجه لحمل قضاء القاضي على الصحة، فلم يجز فسخه بالشك.

وأما محمد فقال: إن القضاء للمقضي له الأول يوجب إثبات قضاء لم يشهد به الشهود، وهو الحكم لصاحب اليد على الخارج، وهذا لا يصح.

### [دعوى الرهط الدار]

[٥٨٧.] مسألة دعوى الرهط قال أبو حنيفة: إذا كانت الدار في يد ثلاثة نفر، فادعى أحدهما جميعها، وادعى آخر نصفها، وادعى آخر ثلثيها، وأقاموا البينة: فلصاحب النصف الثمن، ولصاحب الثلثين الربع، ولصاحب الجميع ما بقي. وقال أبو يوسف ومحمد: الدار مقسومة على [١٥٤و] مئة وثمانين سهمًا لصاحب الجميع مئة سهم وثلاثة أسهم، ولصاحب الثلثين خمسون سهمًا، ولصاحب النصف سبعة وعشرون سهمًا.

وهذه المسألة مبنية على أصول:

منها: أن التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق، وقد تساووا في اليد فالواجب قسمة الدار بينهم أثلاثًا.

وأصل آخر: وهو أن بينة صاحب اليد والخارج إذا اجتمعتا فبينة الخارج أولى.

وأصل آخر: وهو أن من كان في يده شيء من الدار فأقام البينة على استحقاق سهام فبينته تنصرف إلى ما في يده أولًا، فإن فضل عما في يده كان مما في يد صاحبه، وذلك لأن كل من في يده شيء فالظاهر أنه مالكه، فإذا أقام البينة على استحقاق بعض الدار فلو صرفناها إلى ما ليس في يده لصار غاصبًا لما في يده؛ وأمر المسلم يجب حمله على الصحة.

وأصل آخر: وهو أن كل من أدلى بسبب صحيح ضرب بجميع دعواه، ومن لا يدلي بسبب صحيح فإنه لا يضرب بجميع الدعوى عند أبي حنيفة. والفرق بين السبب الصحيح وغيره: أن ما ليس بسبب صحيح لا يتعلق به حكم إلا بانضمام معنى آخر إليه من إجازة مجيز أو حكم حاكم، وما كان سببًا صحيحًا تعلق به الاستحقاق من غير إجازة ولا حكم حاكم. وقال أبو يوسف ومحمد: يضرب كل واحد من المدعيين بجميع حقه فيهما.

وجه قول أبي حنيفة: أن الدعوى ليس بسبب صحيح في الاستحقاق؛ بدلالة أنه لا يتعلق بها حكم إلا بانضمام حكم الحاكم إليها، فلم يجز أن يسوّى بينها وبين السبب الصحيح في الاستحقاق؛ ألا ترى أن الرهن والهبة لما لم يتعلق بعقدهما حكم إلا بمعنى آخر ينضم إليه، فلم يسوّ بينهما وبين البيع في تعلق الاستحقاق به، فوجب أن ينفرد كل واحد من المدعيين في مسألتنا بما يدعيه، فيشاركه [١٥٤ظ] الآخر في القدر الذي تزاحما فيه، حتى لا يسوّى بين المدعي وأصحاب العول الذي يضربون بأسباب صحيحة في الاستحقاق.

وجه قولهما: أن استحقاق كل واحد تعلق بمقدار معلوم، فمتى تضايق المال عن حقوقهم ضرب كل واحد بمقدار حقه، كأصحاب الديون والعول.

وإذا ثبت هذه الأصول قال أبو حنيفة: الواجب أن يحكم بأن الدار في أيديهم أثلاثًا؛ لتساوي اليد، وقد بينا أن التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه، فصارت الدار ثلاثة أسهم، في يد كل واحد منهم سهم. فقد ادعى صاحب النصف سهمًا ونصفًا، فنضعف الثلاثة، فيصير ستة في يد كل واحد سهمين، فصاحب النصف يدعي ثلاثة أسهم، سهمان منها في يده، ويبقى سهم آخر في يد صاحب الجميع، وصاحب الثلثين نصفين، فنحتاج أن نضعف الستة فيصير اثنا عشر، في يد كل واحد أربعة، صاحب النصف يدعي ستة أسهم، أربعة منها في يده، وسهم في يد صاحب الجميع، وسهم في يد صاحب الثلثين، وقد أقام البينة على هذا السهم، وادعاه صاحب الجميع وأقام البينة عليه، فيقسم بينهما نصفين، ونضعف الاثنا عشر فتصير الدار أربعة وعشرون سهمًا، في يد كل واحد منهم ثمانية، وصاحب الثلثين في يده ثمانية، يدعي منها صاحب النصف سهمين، ويدعي صاحب الجميع جميعها، ويدعيها صاحب اليد، وقد أقاموا عليها البينة، فسقطت بينة صاحب اليد، فتساوى صاحب النصف وصاحب الجميع في السهمين، فقسمت بينهما، فأصاب صاحب النصف سهمًا واحدًا، ويصيب سبعة أسهم في يد صاحب الثلثين، أقام عليها البينة وأقام صاحب الجميع عليها البينة، فكان صاحب الجميع أولى؛ لأنه خارج.

وأما صاحب النصف ففي يده ثمانية أسهم، يدعي منها صاحب الثلثين أربعة؛ لأنه يقول: "حقي ستة عشر سهمًا، [١٥٥و] ثمانية منها في يدي، وثمانية في أيديكما، في يد كل واحد أربعة" وصاحب الجميع يدعي ما في يد صاحب النصف، وأقاما البينة، فيتساويان في هذه الأربعة، فيقسم بينهما. ونصيب صاحب الثلثين سهمان، فيبقى ستة أسهم، أقام عليها صاحب الجميع البينة، وأقام عليها صاحب النصف البينة، فكان الخارج أولى.

وأما صاحب الجميع ففي يده ثمانية أسهم، يدعي منها صاحب النصف سهمين، ويدعي منها صاحب الثلثين أربعة، وبقي سهمان يدعيها صاحب اليد، فبطلت بينة صاحب اليد، وما في يده يتسع لدعواهما، ولا مزاحمة بينهما فاستحق صاحب الثلثين أربعة، وصاحب النصف سهمين، وبقي في يد صاحب الجميع سهمان خارجة عن دعواهم، فيترك في يده لا على طريق القضاء.

فقد حصل لصاحب الجميع مما كان في يد صاحب الثلثين سبعة أسهم، ومما كان في يد صاحب النصف ستة، وبقي في يده سهمان فذلك خمسة عشر سهمًا، وحصل لصاحب الثلثين مما كان في يد صاحب الجميع أربعة أسهم، ومما كان في يد صاحب النصف سهمان، فذلك ستة أسهم، وهو ربع الدار. وحصل لصاحب الثلثين مما كان في يد صاحب الجميع أربعة أسهم، ومما كان في يد صاحب النصف سهمان، فذلك ستة أسهم، وهو ربع الدار. وحصل لصاحب النصف سهم من يد صاحب الثلثين، وسهمان من يد صاحب الجميع، فذلك ثلاثة أسهم، وهو ثُمن الدار.

فأما أبو يوسف ومحمد فقالا: إن الدار اثنا عشر سهمًا في يد كل واحد أربعة، فصاحب النصف يدعي سهمًا مما في يد صاحب الثلثين، وقد أقام عليها البينة، وصاحب الجميع ادعى جميع ما في يده وأقام عليه البينة، فضربا بالدعويين وقسما ما في يده أخماسًا، لصاحب الجميع أربعة، ولصاحب النصف سهم، وأما صاحب الثلثين فيدعي سهمين [١٥٥ظ] في يد صاحب النصف، ويدعي صاحب الجميع جميع ما في يده وهو أربعة، فضربا بالدعويين، وقسما ما في يده أثلاثًا. وأما الذي في يد صاحب الجميع فقد أقام صاحب الثلثين البينة على سهمين في يده، وأقام صاحب النصف البينة على سهم، وبقي في يده سهم لا منازع له فيه، فيقسم ما في يده أرباعًا. فقد علمت أن ما في يد صاحب النصف يقسم أثلاثًا، وما في يد صاحب الثلثين أخماسًا،

وما في يد صاحب الجميع أرباعًا، فإذا أردت التصحيح ضربت ثلاثة في أربعة في خمسة، فيكون ستين سهمًا، وهذا ثلث الدار، فجميعها مئة وثمانون، منها في يد كل واحد منهم ستون، فتجيء إلى ما في يد صاحب النصف فتقسمه أثلاثًا، ثلثه لصاحب الثلثين، وثلثاه لصاحب الجميع. وأما ما في يد صاحب الثلثين فخمسة، وهو اثنا عشر لصاحب النصف، وأربعة أخماسه وهو ثمانية وأربعون لصاحب الجميع. وأما ما في يد صاحب الجميع فمقسوم أرباعًا نصفه لصاحب الثلثين، وربعه لصاحب النصف، ويبقى خمسة عشر في يده لا على طريق القضاء، فقد حصل لصاحب الثلثين مرة عشرون، ومرة ثلاثون سهمًا، فذلك خمسون سهمًا. وأما صاحب النصف فقد حصل له مرة اثنا عشر، ومرة خمسة عشر، فيكون سبعة وعشرين سهمًا، وأما صاحب الجميع فقد حصل له مرة أربعون، ومرة ثمانية وأربعون، وبقي في يده خمسة عشر لا على طريق القضاء فذلك مئة وثلاثة.

## فصل

[٥٨٨.] ولو كانت الدار في يد غيرهم، والدعوى على ما قلنا، فإن ثلث الدار يسلم لصاحب الجميع؛ لأنه لا منازع له فيها، وما بين النصف إلى الثلثين لا يدعيه صاحب النصف، فيكون ذلك بين صاحب الجميع والثلثين نصفين، ويبقى هناك النصف، وقد تساوَوا فيه، فيكون بينهم أثلاثًا، فاحتجنا إلى شيء له سدس فيقسم نصفين، وذلك اثنا عشر، فالثلث من ذلك أربعة، يسلم لصاحب الجميع، وما بين النصف إلى الثلثين وهو السدس يكون بين صاحب الجميع والثلثين نصفين، والباقي وهو ستة أسهم فقد تساووا فيه، [١٥٦و] فيقسم بينهم أثلاثًا، فلصاحب الجميع سبعة أسهم، ولصاحب الثلثين ثلاثة، ولصاحب النصف سهمان.

وأما أبو يوسف ومحمد: فضربا لصاحب الجميع بجميع دعواه، وهو ستة،

ولصاحب الثلثين بجميع دعواه، وهو أربعة، ولصاحب النصف بثلاثة فذلك ثلاثة عشر سهمًا.

ولهذه المسائل نظائر: منها: ما هو سبب صحيح، ومنها ما ليس بسبب صحيح:

فالصحيح كالعول: وهو مثل الأختين لأب وأم وأختين لأم وزوج، كل واحد من هؤلاء يدلي بسبب صحيح، فضرب بجميع دعواه. وعلى هذا العبد إذا قتل واحدًا وفقأ عين آخر: أن كل واحد من الوليين يضرب في العبد بجميع حقه؛ لأنه لا يقف على إجازة مجيز، ولا حكم حاكم، فيقتسمان الرقبة أثلاثًا، فلذلك إذا أوصى لواحد بثلث ماله، ولآخر بسدس ماله اقتسما الثلث أثلاثًا؛ لأن كل واحد منهما لا يفتقر إلى إجازة مجيز ولا حكم حاكم. وكذلك لو مات رجل وعليه مئة لواحد وخمسون لآخر ويترك مئة درهم، فإن المئة تقسم بينهما أثلاثًا؛ لأن كل واحد يدلي بسبب صحيح. ولا يلزم على هذا: الموصى له بدراهم مرسلة أنه يضرب بجميعها، وإن كان أكثر من الثلث؛ وذلك ليس بسبب صحيح؛ لأنه يدلي بسبب صحيح، ألا ترى أنه لم يوص له بحق الورثة؛ لجواز أن يخرج ما أوصى له من الثلث من غير إجازة.

فإن قيل: قد قال أبو حنيفة: إن الموصى له بالسيف لا يضرب بجميع دعواه، وإن جاز أن تخرج من الثلث. قلنا: الوصية هاهنا تعلق بعين تعلق بها حق الورثة، ولا يجوز وصية ميت من مال وارثه، والدراهم المرسلة ليست بعين تعلق حق أحد به.

وقد قال أبو حنيفة: في عبد قتل رجلًا خطأ، وآخر عمدًا فعفى أحد وليي العمد، واختار المولى الدفع: اقتسما الرقبة أثلاثًا؛ لأن سبب كل واحد منهما صحيح، فضرب بجميع دعواه. وقالا: يقتسمانه أرباعًا؛ [١٥٦ظ] لأن ولي الخطأ يثبت حقه في جميع الرقبة، وأحد وليي العمد يثبت حقه في نصفها، فسلم النصف لصاحب الخطأ، وتساويا في النصف الآخر، فكان نصفين.

وقال أبو حنيفة في عبد قتل رجلين عمدًا فعفى أحد وليي كل واحد منهما، أحدهما قبل الآخر: إن الأول لما عفى ثبت لشريكه نصف الدية في نصف الرقبة، فلما عفى الآخر ثبت لشريكه نصف الدية في جميعها، فصادف ذلك نصفًا فارغًا ونصفًا مشغولًا، فسلم الفارغ لولي الثاني بلا منازع، والنصف المشغول يثبت للأول فيه نصف الدية، والثاني ربعها، فيقتسمانه أثلاثًا. وقالا: هذا النصف يسلم نصفه للأول بربع الدية، والنصف الآخر منه يثبت للأول فيه ربع الدية، ومثله للثاني فيقتسمانه نصفين.

وقال أبو حنيفة في عبد بين رجلين أذنا له في التجارة فأدانه أحدهما مئة وأجنبي مئة، ثم بيع العبد بمائة: إنها تقسم بين المولى والأجنبي أثلاثًا؛ لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح. وأما على قولهما: فإن نصيب الذي أدان لم يثبت فيه دينه؛ لامتناع أن يثبت للمولى على عبده دين، ويسلم هذا النصف للأجنبي بنصف الدين، والنصف الآخر تساويا فيه فيقسم نصفين.

وقد قال أبو حنيفة في دار في يد رجل، ادعاها رجلان، ادعى أحدهما جميعها والآخر نصفها، وأقاما البينة: إنه يقضى لصاحب الجميع بثلاثة أرباع الدار، وللآخر بالربع؛ وذلك لأن النصف خارج من دعوى صاحب النصف، فسلم لصاحب الجميع، وتساويا في النصف فيقسم نصفين. وقالا: يقسم أثلاثًا؛ لأن صاحب الجميع ضرب له بجميعها والآخر بنصفها.

## [استحقاق الحائط بالجذوع]

[٥٨٩.] مسألة روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الحائط يكون عليه لواحد جذع أو جذعان، وللآخر عشرة: أن الحائط لصاحب العشرة، ولصاحب الجذع موضع جذعه. وهو قول أبي يوسف. وذكر في الأصل في موضع: أن لكل واحد ما

تحت خشبته، وفي موضع آخر: مثل رواية [١٥٧و] بشر. وقال أبو يوسف: القياس أن يكون بينهما نصفان.[1]

وجه القياس: أن الحائط حامل للخشب فتثبت اليد لكل واحد منهما ولا يعتبر الكثرة، كرجلين تنازعا في ثوب في يد أحدهما أكثره وفي يد الآخر أقله. وجه الاستحسان: أن الحائط لا يبنى للجذع والجذعين في العادة وقد يبنى للجذوع الكثيرة، فالظاهر أن صاحب الجذوع بناه لنفسه فكان أولى؛ كرجلين تنازعا في بعير لأحدهما عليه حمل وللآخر إداوة أو سوط.

وقد ذكر في الأصل: لصاحب الجذع أن يساوي الآخر في عدد الجذوع. وكان أبو الحسن يذكر ذلك ويقول: لا أعرفه عنهم إلا في هذا الموضع. وليس بصحيح؛ لأن زيادة الجذوع يؤدي إلى قبح الحائط المشترك، وهذا لا يملكه وإن قامت البينة بالشركة، فإذا لم تقم أولى.

[التنازع في حائط بين اثنين، والقمط لأحدهما]

[٥٩٠.] مسألة قال أبو حنيفة في خُصّ[2] تنازعه اثنان والقمط[3] إلى أحدهما، أو حائط تنازعه اثنان وأنصاف اللبن إلى أحدهما: إنه بينهما. وقالا: يقضى بالخص لمن إليه القمط، وبالحائط لمن إليه أنصاف اللبن.

لأبي حنيفة: أن كون القمط إلى أحدهما لا يدل على اليد؛ لأن الإنسان قد يجعلها إلى الطريق، ويجعلها إلى داره ليتمكن من تطيين ما يليه، وقد يحدث بعد عمل

---

١ انظر: الأصل، ٣٣/٨، ٤٩/٨، ٥٠؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢١٣/٨.

٢ والخص: بيت من شجر أو قصب، وقيل: البيت الذي يسقف عليه بخشبة على هيئة الأزج. انظر: المحكم لابن سيده، ٤٩٩/٤.

٣ القِمطُ: الشُرطُ التي يشد به من ليف كان أو خوص أو غيره. انظر: لسان العرب لابن منظور، «قمط».

الخص، وإذا لم يدل ذلك على اليد تساويا. ولأن اليد لا تثبت بالاستدلال، كالعطار والإسكاف إذا تنازعا في العطر. وليس كذلك الجذوع على الحائط؛ لأنه تصرف ظاهر، واليد يجوز إثباتها بالتصرف.

لأبي يوسف ومحمد: ما روى دَهْثم بن قُرّان عن نمران عن حذيفة أن رجلين اختصما في خُصٍّ بينهما فبعث رسول الله صلى الله عليه حذيفة يحكم بينهما فقضى لمن إليه القمط.[١] وقد اعترض أبو حنيفة على دهثم وقال: «لا أعرفه». ولأنه يجوز أن يكون قضى له بالبينة، وذكر القمط على طريق التعريف.

[فعل صاحب السفل والعلو في حائط مشترك]

[٥٩١.] مسألة قال أبو حنيفة: ليس لصاحب السفل أن يفتح في الحائط كُوَّة إلا برضى صاحب العلو، وليس لصاحب العلو [١٥٧ظ] أن يزيد شيئًا في البناء إلا برضى صاحب السفل. وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يفعل ما لا ضرر فيه.[٢]

لأبي حنيفة: أن السفل حامل للعلو، فكان لصاحب العلو منع صاحب السفل من إحداث ما يضر وما لا يضر، كمن استأجر بعيرًا فله منع صاحبه من التصرف بما يضر وما لا يضر. وكذلك صاحب العلو ثبت له مقدار من الحمل، فلا يجوز أن يزيد عليه ما يضر وما لا يضر، كمستأجر بعير إذا أراد أن يحمل عليه شيئًا آخر. ولأن القليل يؤدي إلى الكثير؛ ألا ترى أنا إذا جوّزنا القليل جوّزنا مثله فأدّى إلى ما يضر، وهذا لا يصح.

وجه قولهما: أن صاحب العلو له حق الحمل، فما لا يضر بحمله لا يؤثر فيه، كما لو استند إلى الحائط، وكذلك صاحب العلو إذا زاد ما لا يضر صار كما لو أدخل ضيفًا أو تزوج.

---

١ انظر: المعجم الكبير، ٢/٢٦٠ (٢٠٨٨)؛ سنن الدارقطني، ٥/٤٠٩ (٤٥٤٤).

٢ انظر: الأصل، ٨/٣٤؛ الجامع الصغير، ٣٨٤؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/٢١٥.

## [نسب الواحد من الجماعة]

[٥٩٢.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: يثبت نسب الولد الواحد من الجماعة. وقال أبو يوسف: أستحسن من اثنين ولا نثبته من ثلاثة. وروى معلّى عنه: ثبوته من خمسة. وقال محمد: أثبته من ثلاثة ولا أثبته من أكثر.[١]

لأبي حنيفة: أن المدعيين تساووا في سبب الاستحقاق على وجه لا يثبت كذب أحد منهم فيما يصح فيه الاشتراك، فوجب أن يتساووا في الاستحقاق كالأملاك. وأبو يوسف يقول: القياس ينفي ذلك؛ لامتناع أن يكون الولد الواحد من ماء رجلين، وإنما استحسنوا في الاثنين لخبر عمر وعلي، وما سواهما على أصل القياس. وما روي عنه في خمسة فكأنه يقول: أكثر ما شُوهِد في حمل واحد خمسة أولاد، فإذا جاز أن يكون حمل واحد من ماء واحد خمسة جاز أن يكون واحد من خمس مياه. ومحمد يقول: روي عن علي من ثلاثة نفر مثل ما روي في الاثنين؛ فأستحسن لأجله، وما سواه على أصل القياس.

## [دعوى الولد بعد البيع]

[٥٩٣.] مسألة قال أبو حنيفة فيمن باع جارية حبلى فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر وماتت الجارية، ثم ادعى البائع الولد: فهو مصدق، ويرد عليه الولد، ويردُّ هو جميع الثمن على المشتري. وقال أبو يوسف [١٥٨و] ومحمد: يرد البائع على المشتري حصة الولد من الثَّمن، دون حصة الأم.[٢]

وهي فرع على اختلافهم في أن رق أم الولد هل يضمن باليد، وقد بيناها. والقبض على وجه البيع الفاسد كالقبض بالغصب، فإذا لم يضمن بأحدهما لم يضمن بالآخر؛ ألا ترى أنا لو ضمَّنَّاها المشتري لضمناها باليد. ولا يقال: لو كان كذلك لكان المشتري

---

١ انظر: الأصل، ١٤٩/٨، ١٥٠؛ نوادر المعلي، ٧و.

٢ انظر: الأصل، ٤٦/٨.

إذا أعتقها يلزم البائع أن يرد حصتها؛ وذلك لأنها إذا أعتقت فقد حدث من جهة المشتري معنى لا يلحقه الفسخ، فسلمت الرقبة له، ولا يثبت الاستيلاد فيها، فلذلك ضمنها بحصتها، وإذا لم يعتق يثبت فيها الاستيلاد، فلذلك لم يضمن. ولأن العتق إتلاف الرقبة، وأم الولد تضمن بالإتلاف كالقتل. وعلى قولهما: أم الولد تضمن باليد، وقد حصلت مضمونة على المشتري بالقبض على وجه عقد البيع، فتلفت بحصتها.

## فصل

[٥٩٤.] قال: ولو أن رجلا فقأ عين الولد، فدفعه المشتري وأخذ قيمته، ثم ادعاه البائع: فإن دعوته جائزة، ويعتق ويكون ابنه، فيرجع المشتري على البائع بالثمن إن كان نقده إياه، فيرجع الجاني على المشتري بالقيمة التي أعطاه. وقال أبو يوسف ومحمد: يكون على الجاني ما نقصه الفقء. وعلى هذا الخلاف لو كان فقأ عين الأم. أما جواز الدعوة فلأن الدفع تمليك الرقبة فلا يمنع الدعوةَ كالبيع.[1]

وأما رجوع المشتري بجميع الثمن فلأن من أصل أبي حنيفة: أن من فقأ عين العبد لم يلزمه شيء إلا أن يسلم العبد إليه، وقد تعذر التسليم فصار كأن المولى منع فسقط الأرش، ومتى سقط فلم يسلم للمشتري شيء من المبيع، ولا يلزمه شيء من الثمن. وأما على قولهما: فللمولى حبس الغلام وأخذ النقصان، وتعذر التسليم بالدعوة يمنع المولى من التسليم فيجب له النقصان، ومتى سلم للمشتري النقصان الذي هو جزء من المبيع [١٥٨ظ] استحق عليه من الثمن بحصته.

[٥٩٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا باع الرجل الجارية، فولدت في يدي المشتري، فادعى أن الولد من أبيه، وكذبه أبوه، فادعاه لنفسه: لم يصدق. وقالا: يصدق. وقد بيَّنَّا هذه المسألة فيمن أقر لرجل بنسب وكذبه ثم ادعاه.[2]

---

١ انظر: الأصل، ٨/٤٥.

٢ انظر: الأصل، ٨/٤٧.

## [تعارض بينتي البائع والمشتري]

[٥٩٦.] مسألة قال أبو يوسف في رجل اشترى جارية فولدت عنده فقال المشتري: "اشتريتها منذ أكثر من ستة أشهر" وقال البائع: "منذ شهر" وأقاما البينة: فالبينة بينة المشتري. وقال محمد: البينة بينة البائع.[١]

لأبي يوسف: أن بينة المشتري قد أثبتت تاريخًا للبيع ونفاه الآخر، فكان المثبتة أولى. ولأنهما أثبتتا شراء من واحد فالمتقدم أولى، كالمشتريين إذا أقاما البينة. ولأن بينة المشتري تتضمن استحقاق الشخصين، والبائع يثبت أحدهما، فصار كما لو أقام البينة أنه قد باعه عبدًا، وأقام هو البينة أنه اشترى عبدًا أو أمة. ولأن بينة المشتري تؤدي إلى تبقية البيع، وبينة البائع تؤدي إلى نقضه، فما أدّى إلى صحته أولى.

وجه قول محمد: أن الواجب تصحيح البينات، فيحمل الأمر على أن البائع باع منذ ستة أشهر، ثم عاد المبيع إليه بالإقالة، ثم باعه منه منذ شهر. أو يجعل البيع الثاني نقضًا للأول، كرجلين تبايعا عبدًا بألف ثم تبايعا بخمسمئة. وما ذكره محمد يؤدي إلى الحكم بعقدين، وقد اتفقا أنه لم يجز بينهما أكثر من عقد واحد.

وقد ذكر في كتاب الشهادات في البائع يقيم البينة أنه باع هذا العبد في رمضان بألف درهم من فلان، وأقام المشتري البينة أنه اشتراه في شوال بخمسمئة: أن البينة بينة المشتري، ولم يذكر خلافًا. فمن أصحابنا من قال: هذا قول محمد، وأما أبو يوسف فيقضي بالتاريخ الأول. ومنهم من قال: هذا قولهم، وفرق لأبي يوسف:[٢] أن الحق في التاريخين جميعًا للمشتري؛ بدلالة أنه يستحق هناك الولد، ويسقط عنه هاهنا بعض الثمن، فلم يفترق القولان [١٥٩و] في المعنى وإن افترقا في الصورة.

---

١ انظر: الأصل، ٨/٥٠.

٢ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: وفرق أبو يوسف.

## [دعوى الأب ولد جارية ابنه]

[٥٩٧.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا ادعى الأب ولد جارية ابنه: ثبت الاستيلاد في الأم. وعن أبي يوسف: أنه لا يثبت الاستيلاد. وقد مضت هذه المسألة في العتاق.[١]

وفرع على ما في الدعوى فقال: إذا ولدت جارية الابن ولدين توأم فباعها الابن مع أحدهما، وبقي الآخر في يده، فادعاه الأب: ثبت نسبهما، وكان الذي في يد المشتري عبدًا في قول أبي يوسف. وقال محمد: دعواه باطلة.[٢]

قال أبو الحسن: أجاب أبو يوسف على رواية ابن سماعة أن ثبوت النسب غير موقوف على استيلاد الأم، فتعذُّر ذلك فيها بالبيع لا يمنع الدعوة. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه قال: ولو صدقه المشتري يثبت الاستيلاد، فهذا يدل على أنه أجاب على رواية الأصول.

لأبي يوسف: أن دعوة الأب أجريت مجرى دعوى الابن؛ لأن دعوة شبهة الملك كدعوة الملك، كما أن دعوة شبهة النكاح كدعوة نفس النكاح، ومعلوم أن الابن لو باع الأم فأعتقها المشتري ثم ادعى الولد لم يكن تعذُّر الاستيلاد فيها مانعًا من دعوة الولد، كذلك تعذر الاستيلاد ببيع الابن لا يمنع من ثبوت النسب؛ لأن ثبوت النسب يجوز أن ينفرد عن الاستيلاد بدلالة ولد المغرور. ولأن المولى لو ادعى ولد جارية عنده ثبت الاستيلاد والنسب، وإذا كاتبه ثم ادعى بعده ثبوت الاستيلاد بالكتابة ثم لم يمنع ثبوت النسب، كذلك إذا تعذر بالبيع.

لمحمد: أن النسب يثبت في جارية الابن بشرط نقل الأم إليه في حال العلوق، حتى يصير كمن وطئ ملكه، وهذا المعنى قد تعذُّر فلم يصح ثبوت الاستيلاد.

---

١ وهو في المفقود من الكتاب.

٢ انظر: الأصل، ٥٩/٨، ٦٠.

## فصل [دعوى الأب ولد مكاتبة ابنه]

[٥٩٨.] قال في الأصل: ولو ادعى ولد مكاتبة ابنه أو ولد مدبرته لم يصدق. ولم يذكر خلافًا.[١]

فمن أصحابنا من قال: هذا قول محمد على أصله: أنَّ تعذُّر الاستيلاد في الأم يمنع الدعوة. فأما على قول أبي يوسف: فأحد الأمرين ينفرد عن الآخر، فثبت النسب في الولد وإن تعذَّر الاستيلادُ؛ لأجل التدبير والكتابة. [١٥٩ظ] ومن أصحابنا من قال: هذا قولهم؛ وذلك لأن الدعوة لو صحت في ولد المكاتبة لاحتجنا إلى نقله بالقيمة، والملك لا ينتقل في ولد المكاتبة.

ولو كاتب الابن الأم دون الولد فهو على الخلاف الأول؛ لأن من أصل أبي يوسف: أنَّ تعذُّر الاستيلاد في الأم يمنع الدعوة، وعلى أصل محمد: أن النسب يثبت بشرط الاستيلاد فإذا تعذر لم يثبت النسب.

## فصل

## [تصديق المشتري الأب في دعوى استيلاد الجارية]

[٥٩٩.] قال محمد في الجامع: ولو صدَّق المشتري الأب في الدعوة كانت الجارية أمَّ ولده وولدها حر بغير شيء، والولد الذي في يد البائع حر بالقيمة في قول أبي يوسف. وقال محمد: يعتق الولد الذي في يد البائع بغير شيء.

لأبي يوسف: أن المشتري أقر بالاستيلاد والحرية فيما هو على ملكه، فصدق الأب في ذلك، فصار كمن في يده جارية أقر أنها أم ولد فلان، فصدَّق[ه] فلان. ولا يُصدَّق المشتري على فسخ البيع؛ لأن إقرار الإنسان يجوز على نفسه ولا يجوز على

---

١ انظر: الأصل، ٦٧/٨؛ نوادر المعلى، ١٢٨ظ.

غيره. فأما الولد الذي في يد البائع فقد كان نسبه ثابتًا بالدعوة، وانتقل إلى الأب بالقيمة، فلا يتغير بإقرار المشتري.

وأما على قول محمد: فدعوة الأب لم يتعلق بها حكم ابتداءً، فلما صدَّقه المشتري ثبت نسب الولد الذي في يد المشتري ونسب أخيه؛ لأنه لا ينفرد عنه، فيعتق على الأب بالقرابة، وصار كرجل لابنه عبد وإخوة توأم في يد آخر، فادعى الأب الابن الذي في يد الأجنبي، وصدَّقه: ثبت نسب الولدين جميعًا، وعَتَق الذي في يدي الابن بالقرابة.

[دعوى الجد ولد جارية الابن]

[٦٠٠.] مسألة قال: ولو كان الابن مسلمًا، والأب ذميًا، والجد مسلمًا، فادعى الجد ولد جارية الابن ثبت النسب.[1] وكان أبو عمرو الطبري[2] يقول: يجب على قولهما أن لا تصح دعوة الجد كما لا تصح دعوة الأخ. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الدعوة غير معتبرة بالميراث إنما تعتبر بالولاية؛ بدلالة أن الأب تصح دعوته وإن كان [١٦٠و] لابنه ابن، وإن كان يرث في هذه الحال ما يرثه الجد، فدل على أن التوارث لا معتبر به. ولأن سائر الأحكام المتعلقة بالولايات يستوي فيها حكم الأب والجد، كالولاية في المال وسقوط خيار الصغيرة.

فصل [دعوى الجد ولد جارية الابن المرتد]

[٦٠١.] ولو كان الولد حرًا مسلمًا، فارتدَّ عن الإسلام، ثم ادعى الجد: كانت دعوته موقوفة في قياس قول أبي حنيفة. فإن قبل الأب جازت دعوة الجد، وإن أسلم بطلت دعوته. وقال أبو يوسف ومحمد: دعوة الجد باطلة.

---

١ انظر: الأصل، ٥٩/٨.

٢ أبو عمرو، أحمد بن محمد بن عبد الرحمن الطبري، (ت. ٣٤٠هـ) من أصحاب محمد بن شجاع، تفقه على أبي سعيد البردعي، ودرس ببغداد والكرخي يدرِّس. انظر: الطبقات السنية، ٦٤/٢.

وهذا صحيح على أصل أبي حنيفة: في أن تصرف المرتد موقوف على إسلامه فكذلك ولايته موقوفة، فإن قُتِل حكمنا بزوال ولايته من وقت ردته، فحصلت دعوة الجد والولاية له دون غيره، وإن أسلم استحق الولاية في الوقت المتقدم، فحصلت دعوة الجد مع بقاء ولاية الأب فلا تصح. وأما على قولهما: فإن المرتد بمنزلة المسلم في تصرفه وبقاء ولايته، فلا تجوز دعوة الجد.

## [دعوى الرجل ولد مكاتبته]

[٦٠٢.] مسألة قال أبو حنيفة: في مكاتبة بين رجلين جاءت بولد، فادعاه أحدهما: ثبت النسب، ولم يضمن قيمة الولد، وضمن لها العقر، وكان نصفها أم ولد، وهي بالخيار إن شاءت عجزت فصارت أم ولد، وضمن المدعي لشريكه نصف قيمتها، وإن شاءت مضت على الكتابة، فإذا أدَّتْ كان ولاؤها لهما. وقال أبو يوسف ومحمد: قد صارت جميعها أم ولد، ويضمن المدعي لشريكه نصف قيمتها مكاتبة. ذكره في الدعوى والزيادات.[1] وقال في الجامع الصغير: يضمن الأقل من نصف القيمة ونصف الكتابة.[2]

لأبي حنيفة: أن المكاتبة لا يصح فيها نقل الملك بالعقد؛ بدلالة البيع، ولا من طريق الحكم بدلالة الميراث، والاستيلاد يتبعض فيما لا يمكن نقل الملك فيه، كمدبَّرة بين شريكين جاءت بولد، فادعاه أحدهما، وليس كذلك إذا عجزت؛ لأن نقل الملك [١٦٠ظ] فيها ممكن بعد العجز، والاستيلاد لا يتبعض فيما يمكن نقل الملك فيه.

---

١ انظر: الأصل، ٨/٤٦٧؛ منتخب الزيادات، ٣٨ظ.

٢ انظر: الجامع الصغير، ٤٥٦.

لهما: أن الكتابة مما يلحقها الفسخ، فمتى استولدها أحد الشريكين انفسخت الكتابة في نصيب صاحبه وانتقلت إليه، كالملك. وليس كذلك المدبَّرة؛ لأن التدبير معنى لا يلحقه الفسخ. وهذا ليس بصحيح؛ لأنهما لا يفسخان الكتابة بالدعوة؛ ألا ترى أنهما ينقلان نصيب الشريك مكاتبًا حتى يستسعيه المدعي على ملكه، فدل على أنهما ينقلانها مع بقاء الكتابة. ولأن ما قالاه لا يصح من وجه: وهو أن شرط الكتابة الأداء إليهما، فإذا انتقلت إلى أحدهما وأدَّت إليه فلم يوجد الشرط. وليس كذلك إذا مات المولى فأدَّت المكاتبة إلى ورثته؛ لأنهم يخلفون الميت ويقومون مقامه، فالأداء إليهم كالأداء إليه.

## فصل

[٦٠٣.] فإن ولدت هذه المكاتبة ولدا آخر فادعاه الشريك الآخر: كان ابنه، وهو حر. فإن أدَّت كانت مولاة لهما، وإن عجزت فهي أم ولد الأول، وهو ضامن لنصف قيمتها لشريكه، وشريكه ضامن لقيمة الولد في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: دعوة الثاني باطلة.

أما أبو حنيفة: فبنى على أصله أن نصيب الشريك لم ينتقل إلى شريكه بالدعوة، فحصلت الدعوة الثانية والجارية على ملكه، فثبت نسب الولد، وصارت كجارية بين رجلين جاءت بولدين أصغر وأكبر، فادعى كل واحد منهما أحدهما معًا. ولا يجوز أن يقال: تساويا في النسب فيجب أن يتساويا في الاستيلاد؛ لأن دعوة الأول سابقة فتستند إلى حال العلوق فيثبت الاستيلاد من ذلك الوقت، وأحد الأمرين يجوز أن ينفرد عن الآخر.

فأما على أصلهما: فإن الأول لما ادعى انتقلت الجارية إليه، وصار الثاني مدعيًا لولد جارية غيره، فلا تصح.

[دعوى الشريكين ولدي الجارية]

[٦٠٤.] مسألة قال في الأصل: إذا جاءت الجارية بولدين أصغر وأكبر، فادعى أحد الشريكين الأكبر والآخر الأصغر معًا: ثبت نسب [مدعي] [الـ]ـولد الأصغر [منه]، وضمن قيمته لمدعي الأكبر. [١٦١و] وعن محمد: أن مدعي الأصغر يضمن قيمة ابن أم ولد.[١]

لأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الرق يثبت في الولد، ثم يتعقبه النقصان بالاستيلاد؛ لامتناع أن يثبت له حق الحرية قبل وجود الرق، فإذا كان الرق يوجد تامًا وقد منع من وقوعه بالدعوة فلزمه قيمته كاملًا. ولأن الاستيلاد صفة في الرق، ويستحيل أن تثبت صفة الشيء قبل وجوده. ولأبي حنيفة خاصة: أن الضمان قد وجب بالاتفاق، فلو ضمنه قيمة ابن أم ولد لا يسقط الضمان على أصله؛ لأنه لا قيمة لرقه، فوجب إلزامه قيمته عبدًا.

وأما محمد فقال: إن الرق يثبت للولد من جهة الأم، فلا يثبت على خلاف ما ثبت للأم، ومعلوم أن الأم رقها ناقص فكذلك ولدها.

[دعوى الولد بعد العتاق]

[٦٠٥.] مسألة قال أصحابنا في مدبَّرة بين شريكين جاءت بولد فادعاه أحدهما: ثبت نسب الولد استحسانًا. والقياس: أن لا يثبت، وهو قول زفر.[٢]

وجه القياس: أن ولد المدبَّرة قد ثبت ولاؤه منهما، والولاء الثابت بالتدبير لا يلحقه الفسخ. وجه الاستحسان: أنه يمكن الجمع بين النسب والولاء؛ بدلالة أن من

---

١ انظر: الأصل، ١٥٠/٥؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٤٤/٨.

٢ انظر: الأصل، ١٣٠/٨، ١٣١.

اشترى أبيه[١] عتق عليه، فكان الولاء والنسب ثابتين، فأمكن إثبات النسب والولاء بحاله.

[ادعاء ولد جارية بين رجلين، فجاءت بولد ادعاه أحدهما]

[٦٠٦.] مسألة قال أبو حنيفة: في جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه، ثم جاءت بولد فادعاه أحدهما: ثبت نسبه ولم يضمن لشريكه. وقالا: يضمن.

لأبي حنيفة: أن رق ابن أم الولد لا قيمة له على أصله، ودعوته صادفت ابن أم ولد، فلم يلزمه ضمانه. ولا يقال: فهلا حكمتم له بحرية الأصل، وجعلتم المدعي مانعًا من وقوع الرق كما قلتم في المكاتب؛ وذلك لأن ولاء هذا الولد ثابت من المولين، والولاء معنى لا يلحقه الفسخ، فلو جعلناه حر الأصل لا يفسخ الولاء الثابت منهما، وهذا لا يصح. وليس كذلك المكاتبة إذا جاءت [١٦١ظ] بولدين أكبر وأصغر فادعى أحدهما الأكبر والآخر الأصغر؛ لأن حق الولاء في الكتابة يلحقه الفسخ، كما يلحق الكتابة، فحكمنا بأن الولد حر الأصل، والواطئ منع وقوع الرق عليه فضمن قيمته كاملة.

وأما هما: فمن أصلهما أن رق أم الولد مضمون بالإتلاف، فضمن بالدعوة.

[جارية استحقت بعدما بيعت وولدت عن المشتري الثاني]

[٦٠٧.] مسألة قال أبو حنيفة فيمن اشترى جارية من رجل فباعها، فولدت عند المشتري الثاني، فاستحقها مستحق: رجع المشتري الثاني على بائعه بالثمن وقيمة الولد، ولم يرجع المشتري الأول على بائعه بقيمة الولد. وقالا: يرجع عليه.

لأبي حنيفة: أن الولد حصل في الملك الثاني، والبائع لم يوجب هذا الملك بعقده، وإنما أوجب الملك الأول، واختلاف الملكين كاختلاف العينين، فكما لم

---

١ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: أباه.

يرجع في ولد جارية أخرى، فكذلك في ملك آخر. ولا يلزم على هذا: الوارث إذا لحقه غرور أنه يرجع على بائع الميت؛ لأنه يخلفه في ملكه ويقوم مقامه، فصار الملك بالعقد هو الملك الذي حصل للوارث. وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الوارث لا يرجع على بائع الميت بما غرم من قيمة الولد.

لهما: أن البائع أوجب للمشتري الملك على وجه لا يلحقه ضمان بالبيع، كما أوجب له الملك على وجه يسلم له الولد، فصار غارًّا في أحد الأمرين كالآخر.

## [اللقيط يدعيه مملوكان]

[٦٠٨.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا ادعى المملوكان لقيطًا فهو ابنهما، ويكون عبدًا. وقال محمد: هو ابنهما ويكون حرًا.

لهما: أن ولد المملوكين لا يكون حرًا على أصلهما؛ لأن العبد لا يحلقه الغرور، فلما ثبت النسب بقولهما ثبت الرق؛ لأنه لا ينفك عنه. كما قالوا فيمن باع أحد التوأمين من رجل فأعتقه [١٦٢و] المشتري، ثم ادعى البائع الذي في يده: انفسخت الحرية لا بقول البائع، ولكن من طريق الحكم، فكذلك في مسألتنا.

وأما محمد: فمن أصله أن ولد المملوكين يجوز أن يكون حرًا بالغرور، فأمكن إفراد حرية الولد عن ثبوت النسب، فلم يكن ثبوت أحدهما شاهدًا على الآخر، كما قالوا في الكافرين إذا ادعيا اللقيط: إن النسب يثبت منهما ويكون مسلمًا.

## [اللقيط يدعيه ذمي]

[٦٠٩.] مسألة قال في الأصل: إذا وجد اللقيط فادعاه الذمي صُدِّق. وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا يعتبر المكان، وإنما يعتبر الزِّيُّ وحال الملتقط.[١]

١ انظر: الأصل، ٨/٧٤، ٧٥.

وجه ما ذكره في الأصل: أن هذا المكان يختص به أهل الذمة، ويدهم ثابتة عليه، فصار كدار الحرب. ولأن الظاهر أن المسلم لا يرمي ولده في البيعة، فكان الظاهر أنه من أولاد الكفار، فحكم بكفره. ومحمد يقول: الختان والخضاب لا يفعله الكفار، فمتى ظهر في الصبي دلَّ على أنه من أولاد المسلمين، ومتى ظهر عليه زِيُّ الكفار دلَّ على أنه منهم، فكان اعتبار ذلك أولى من اعتبار البقعة؛ لأنها من دار الإسلام، فصارت كسائر بقاع دار الإسلام.

[صبي أشكل سنه تنازعه رجلان]

[٦١٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا تنازع الرجلان في ولد، وأقام كل واحد البينة أنه ابنه من وقت كذا، وأشكل سن الصبي: فهو للأقدم منهما. وقالا: هو ابنهما.

لأبي حنيفة: أن الولادة متى ثبتت من وقت لم يجب إثباتها في الوقت الثاني، كالملكين. ولأن استحقاق صاحب الوقت قد تقدم فينتفي استحقاقًا في وقت آخر. ولا يلزم على هذا: إذا وافق سن الصبي التاريخ الثاني؛ لأنه تتأكد البينة الأولى، فلم يتعلق بها استحقاق.

وأما هما فقالا: إنه يستحيل أن يكون سن الصبي يوافق الوقتين، فقد علمنا كذب إحدى البيّنتين، وليس إحداهما بأولى [١٦٢ظ] من الأخرى بهذا الحكم فسقطا، فيبقى مجرد الدعوى فيكون بينهما.

[دعوى الرجلين اللقيط الخنثى]

[٦١١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ادعى اللقيط رجلان، وأقام أحدهما البينة أنه ابنه، والآخر أنه ابنته، فإذا هي خنثى: اعتبر البول من أحد السبيلين، فإن كان يبول منهما اعتبر الأسبق، فإن كانا سواء في السبق فلا معتبر عنده بالكثرة. وقالا: الكثرة معتبرة كالسبق.[١]

١ انظر: الأصل، ٧٦/٨.

لأبي حنيفة: أن الكثرة تدلُّ على سعة المجرى، والقلة على ضيقه، وليس في ذلك دلالة على أن أحدهما هو الأصل، وليس كذلك السبق؛ لأن الظاهر أن السابق هو الأصل، وأن الآخر تابع كالجراحة. ولأن خروج البول شاهد على حال الولد، وكثرة الشهود لا يقع به ترجيح. وليس كذلك السبق؛ لأن سبق البينة قد تعلق به الترجيح بدلالة: شاهدان شهدا أنه قُتِل يوم النحر بمكة، ثم شهد شاهدان أنه قتل بالكوفة، كان الأسبق أولى.

لهما: أن الظاهر أن الكثرة تكون من مجرى الأصل، وأن القليل تابع، فصارت الكثرة كالسبق.

## [ولد المرتد]

[٦١٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا لحق المرتد بدار الحرب، فجاءت امرأته بولد: لم يثبت النسب إلا أن يشهد به شاهدان، أو شاهد وامرأتان، إلا أن يكون حبلا ظاهرا، أو اعترافا من الزوج. وقالا: يثبت بشهادة امرأة واحدة.[١] وهي فرع مسألة: المعتدة إذا أتت بولد، وقد مضت في الطلاق.[٢] وإذا ثبت ذلك فالردة توجب البينونة، واللحاق بدار الحرب لا يغير العدة فبقيت على ما كانت عليه.

وقد قال أبو حنيفة في المهاجرة الحامل: إن نسب ولدها لا يلزم أباه الحربي إلا لأقل من ستة أشهر على أصله: أنها ليست بمعتدة، فصارت كالمنقضية العدة. وعلى قولهما: فالعدة واجبة، فثبت النسب ما بينها وبين سنتين.

وقد قال أبو حنيفة فيمن مات عن أم ولده، فادعت أنها حامل: إن نسب ولدها [١٦٣و] لا يثبت إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين. وعلى قولهما: يثبت بشهادة امرأة واحدة. وهي فرع على مسألة المعتدة.

---

١ انظر: الأصل، ٧٦/٨، ٧٧.

٢ وهو في المفقود من الكتاب.

## [إقرار الورثة بولد للميت]

[٦١٣.] مسألة قال في الأصل فيمن مات وترك امرأة [و][١] أم ولد، فأقرت الورثة أن كل واحدة منهما قد ولدت هذا الغلام من الميت: فإن النسب يثبت إذا كان الورثة رجلين، أو رجل وامرأتين.[٢] قال الطحاوي: ولو كان للميت وارث واحد فأقر بابن للميت فإن أبا حنيفة ومحمد قالا: يرث ولا يثبت النسب.[٣] وهو المشهور من قول أبي يوسف رواه أصحاب الإملاء عنه: أن النسب يثبت إذا لم يعرف للهالك وارث غير المعروف. وكان أبو الحسن يقول: إذا وقع التجاحد من الورثة لم يقبل في إثبات النسب إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وإذا لم يقع التجاحد وأقروا جميعًا ثبت النسب، وإن كان المقر [واحدًا].[٤] وجعل ما ذكره الطحاوي عن أبي يوسف قولهم، وحمل ما ذكره في الأصل على حال التجاحد.

وجه قولهما على رواية الطحاوي: أن الوارث الواحد متى أقر بنسب فإنه يلزم الميت حقًا بقوله، وشهادته لا تقبل في إلزام الغير حقًا فإقراره أولى. وهذا هو القياس إذا كان الورثة جماعة، إلا أنه استحسن؛ لأن قول الإنسان يلزم به الغير حقًا على طريق الشهادة، ولو قضي بهذه الشهادة لقضي عليهم فقبل إقرارهم ابتداء لعدم التهمة، ولم يعتبر لفظ الشهادة. ولهذا قال: لو اختلفوا لم يكن بد من الشهادة؛ لأنه يقضى بها على الجاحد، فافتقرت إلى لفظ الشهادة.

---

١ وفي المخطوط: أو أم ولد، ولعل الصواب ما أثبت، وهو الذي في الأصل، ويدل عليه قوله بعد ذلك: منهما.

٢ انظر: الأصل، ٧٨/٨، ٨٤.

٣ انظر: مختصر الطحاوي، ١٥٤.

٤ في المخطوط: واحد، ولعل الصواب ما أثبت.

لأبي يوسف: أن الوارث الواحد قائم مقام الميت، فصار إقراره كإقراره، والذي أنكره أبو الحسن قد رواه أبو جعفر. والظاهر في الأصل ما حكاه، والمصير إلى ظاهر الرواية أولى. ولأن ما ذكره أبو يوسف ليس بقوي؛ لأن قيام [١٦٣ظ] الوارث مقام الموروث ليس بعلة في جواز إقراره عليه، كالوصي الذي يقوم مقام الصغير، وما ليس بقوي لا ينبغي أن يُجعَل قولَهم جميعًا.

## [نفي زوجته وهي أمة]

[٦١٤.] مسألة قال أبو يوسف: إذا تزوج أمة ثم اشتراها وأعتقها: لم يلزمه نسب ولدها إلا بالدعوة إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدًا، وإن نفاه فلا شيء عليه. وقال محمد: يثبت نسب ولدها ما بينها وبين سنتين منذ اشتراها ما لم يعترف بانقضاء عدتها، فإن نفاه ضرب الحد. وإن كان لم يدخل بها لم يلزمه النسب إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر في قولهم.[١]

لأبي يوسف: أن الشراء أوجب فساد النكاح وسقوط الفراش؛ بدلالة أنه لو لم يعتقها لم يلزم نسب ولدها إلا بالدعوة، والعتق ليس بسبب في عود الفراش، وإنما يؤثر في إزالته؛ بدلالة أم الولد إذا أعتقها مولاها. ولا يلزم على هذا: أم الولد إذا اعتقها مولاها فجاءت بولد في العدة؛ لأن نسب ولدها يلحقه بغير دعوة، فلم يكن العتاق هو الموجِب لثبوت النسب. ولا يلزم: إذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء؛ لأن ابتداء العلوق كان في النكاح، فلزمه ذلك على وجه لا ينتفي ذلك بقوله، ولا يتغير ذلك بفساد النكاح. وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر فجاز أن يكون حدث في الملك، ولا يثبت نسبه إلا بالدعوة حال علوقه، فلا يتغير بالعتق.

---

١ انظر: الأصل، ٨١/٨، ٨٢.

لمحمد: أن نسب الولد إنما كان لا يلزم المولى قبل العتق من غير دعوة؛ لأنها كانت مباحة له بالملك، وإن كانت العدة واجبة عليها بفساد النكاح لحقِّ الغير، فإذا ارتفعت الإباحة بالعتق بطل أن يحكم بالولد بكونه حادثًا من الوطء في ملك اليمين؛ لامتناع أن يغير حكم الوطء المباح بعد زوال الإباحة. ولأنها كانت معتدة في حق الغير، غير [١٦٤و] معتدة في حقه؛ ولهذا لا يجوز تزويجها، فلما أعتقها صارت معتدة في حقه أيضًا، ولهذا يجوز له أن يتزوجها، والمعتدة يثبت نسب ولدها إلى سنتين. وهذا ليس بصحيح؛ لأن العدة لم تلزمها في حقه بفساد النكاح، فلم يجز أن تلزمها بالعتاق؛ ألا ترى أن العدة في الأصول إنما تلزم بفساد النكاح. ولا يقال: لو لم تكن معتدة لم يثبت نسب ولدها وإن ادعاه؛ لأنه يبطل بالزوجة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين من الطلاق البائن لم يثبت نسب الولد، وإن ادعاه ثبت من غير عدة. ولأنها معتدة منه في حق الغير فلذلك ثبت نسب ولدها بالدعوة.

## فصل

[٦١٥.] قال: ولو باع هذه الجارية التي استولدها فجاءت بولد لستة أشهر بعد شرائه الأول، ولم يقر بانقضاء العدة: لم يلزم نسب الولد وإن ادعاه في قول أبي يوسف الآخر. وقال محمد: إن نفاه لم يلزمه، وإن أقر به لزمه إلى سنتين وفسخ البيع.

لأبي يوسف: أن النكاح لما فسد بالشراء صار وطؤها مباحًا، فلو جاءت بولد قبل البيع لأكثر من ستة أشهر لم يثبت نسبه إلا بالدعوة، والبيع لا يغير ذلك مما كان عليه. ومحمد بنى على أصله: أنها في عدة منه بعد زوال الإباحة، فثبت نسب ولدها إلى سنتين، وإنما اعتبر الدعوة وإن كانت المعتدة يثبت نسب ولدها من غير دعوة؛ لأنه لو أثبت النسب والمولى لا يدعي فسخ البيع عادت إلى حكم الملك، فلم يثبت نسب ولدها من غير دعوة، فلم يجز فسخ البيع لمعنى أدّى إليه، ثم أسقط ذلك المعنى، فلهذا اعتبر الدعوة.

[دعوى الرجل أحد أولاد أمته، ولم يبين]

[٦١٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كان للرجل أمة فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة من غير زوج، فقال المولى: "أحدهم ولدي"، ومات قبل أن يبين: عتق من كل واحد ثلثه، وسعى في ثلثي قيمته. وقالا: يعتق ثلث الأكبر، [١٦٤ظ] ونصف الأوسط، وكل الأصغر. وقال الطحاوي: عن أبي يوسف أنه يعتق ثلث الأوسط.[1]

وهي مبنية على أصل: وهو أن الولد الذي تثبت له الحرية بنفسه، هل يعتبر حال حياته بأمه؟ فعند أبي حنيفة: تعتبر حاله بنفسه دون أمه، وعندهما: تعتبر حاله بهما.

لأبي حنيفة: أن عتقه بنفسه يخالف العتق الذي يحصل بأمه؛ بدلالة أن أحدهما يقتضي السعاية والآخر لا يقتضيها، على أصله: أن رق ابن أم الولد لا قيمة له، وإذا اختلفت الحالان لم يصح اجتماعهما. ولأن حرية الأم تثبت من جهة الولد. ولو أسقطنا حرية الولد لم يثبت للأم حق، فلم يجز أن يعتبر عتق الولد بها، وعتقها معتبر به، فيكون كل واحد منهما كالفرع للآخر. ولأنه يجوز أن تكون أم ولده ولا يكون ولدها ابن أم ولد، مثل أن يستولدها في ملك غيره ثم يشتريها بلا ولد، وإذا انفرد أحدهما عن الآخر جاز أن يعتبر أحدهما. وإذا ثبت أنهما لا يجتمعان كان اعتبار حالهم في أنفسهم أولى؛ لأنها حالة متفق على اعتبارها. ولأن إسقاطها يوجب إسقاط الأخرى، وإسقاط الأخرى لا يوجب إسقاطها فكانت أقوى.

وجه قولهما: أن حرية الأولاد مستحقة بوجهين: تارة بأنفسهم، وتارة بغيرهم، وجهاتُ الاستحقاق لا تنافي اجتماعَ موجَبِها.

---

١ مختصر الطحاوي، ٣٥٩. وانظر: الأصل، ٨/١٩٣؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/٢٤١، ٢٤٢.

وإذا ثبت هذا الأصل:

قال أبو حنيفة: لا يعتبر عتق الأولاد بأمهم، واعتبر بأنفسهم، وحكم النسب قد سقط بالاتفاق؛ لاستحالة ثبوته في المجهول، فصار كمن قال لثلاثة أعبد له: "أحدكم حر" ثم مات ولم يبين.

وأما على أصلهما: فالأصغر حر بيقين؛ لأنه إن كان ادعاه فقد عتق، وإن كان ادعى أحد الأكبرين فهو ابن أم ولد، وإذا كان في جميع الأحوال حرًا عتق. وأما الأوسط: فإن كان ادعاه عتق بنفسه، وإن كان ادعى الأكبر عتق بأم، وإن ادعى [١٦٥و] الأصغر لم يعتق، وحالة الاستحقاق حالة واحدة. وأما الأكبر: فليس له حالة ثانية، وإنما حاله معتبرة بنفسه، فيعتق في حال ويرق في حالين، فيعتق ثلثه.

وأما ما حكاه الطحاوي عن أبي يوسف: فهو بعيد؛ لأنه إن جعل أحوال الحرية أحوالًا فالواجب أن يعتق ثلثاه، وإن جعلها حالة واحدة فهو ما قلناه.

ووجه قوله: إن الأوسط يجوز أن تكون له حرية تامة، ويجوز أن لا تكون، فلم يجز إثبات حالة ثانية بالشك. وأما الأصغر: فقد تيقن أن له حالة تامة فلذلك جاز اعتبارها. وقد قال في الدعوى: إذا ولدت أمة الرجل ولدًا من غير زوج، فكبر الولد وولد له ولد من أمة للمولى، ومات الابن الأول، ثم قال المولى: "أحدهما ابني" فإن الابن الأسفل يعتق عليه كله. ولم يذكر خلافًا، وهذا ظاهر على قول أبي يوسف؛ لأنهما يعتبران أحوال الحرية من جهات مختلفة، والأصغر إما أن يكون حرًا بنفسه أو بأبيه.

وكان أبو الحسن يقول: يجوز أن يقال: قول أبي حنيفة بخلافه، وتعتبر حاله بنفسه دون حاله بأبيه. وهذا ليس بصحيح، والمسألة قولهم؛ وذلك لأنه إذا اعتبره بنفسه كان حر الأصل، وإذا اعتبره بأبيه كان حر الأصل، فصار عتقه من الجهتين غير مختلف فجاز أن يجمع بينهما. وفي المسألة الأولى يختلف العتق من جهة الأم ومن

جهة الولد؛ لأن أحدهما يوجب حرية الأصل، والآخر لا يوجبها، فلم يجز إثباتها من جهتين مختلفتين.

## فصل

[٦١٧.] قال: ولو كانت الأمة ولدت ابنًا في بطن، ثم ابنتين، ثم ابنًا آخر، ثم إن المولى نظر إلى الغلام الأكبر وإحدى الابنتين في صحته فقال: "أحد هذين ولدي"، ثم مات قبل أن يبين: فإنه لا يثبت نسب واحد منهم، ويعتق نصف الأكبر ويعتق نصف كل جارية، ويعتق الأصغر كله والأم.

وهذا ظاهر على أصله: أنه لا يعتبر [١٦٥ظ] العتق من جهتين، فصار كأنه قال: "الأكبر ابني أو هاتين"، والتوأم لا ينفرد أحدهما عن الآخر، والأكبر يعتق في حال ويرق في حال فيعتق نصفه، وأما الابنتين فيعتق من كل واحدة منهما النصف؛ لأنهما تعتقان في حال [وترقان][1] في حال. وذكر الكيساني[2] عن محمد عن أبي حنيفة: أن الابنتين لا يعتق منهما شيء؛ لأنه أوقع الحرية على أحد الفريقين، فصار كمن قال: "هذا حر أو هذا". وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لما أشار إلى بنتين صار كأنه قال: "هذا الفريق حر وهذا". وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال: يعتق ربع كل واحدة من البنتين؛ لأن النسب لما لم يثبت لجهالته صار كأنه قال لإحدى البنتين وللأكبر: "هذا حر أو هذا" فيثبت لإحدى البنتين نصف الحرية، ويتساويان فيها، فيقسم بينهما نصفين.

وأما على أصلهما: فالبنتين لهما حرية بأنفسهما، ولهما حرية بأمهما، فلا يخلو إما أن يكون ادعى الأكبر فتعتقان بالأم، أو ادعاهما فتعتقان بأنفسهما.

---

١ في المخطوط: ويرق، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ سليمان بن شعيب بن سليمان الكيساني، (ت. ٢٧٨هـ) من أصحاب الإمام محمد، من طبقة محمد بن مقاتل وموسى بن نصر. وله النوادر عنه. الجواهر المضية، ١/٢٥٢.

قال: ولو نَظَر إلى الأكبر والأصغر فقال: "أحد هذين ابني" لم يثبت نسب واحد منهما، ويعتق من الأكبر نصفه، ويسعى في نصف قيمته، ويعتق من كل بنت نصفها في قول أبي حنيفة؛ وذلك لأنه لا يعتبر حال الأصغر بأمه، وإنما يعتبر بنفسه. وإن كان ادعى الأكبر والأصغر عبد، فادعى الأصغر فهو حر، فإذا عتق في حال ورق في حال عتق نصفه، وأما البنتين فلا حال لهما بأنفسهما فاعتبر حالهما بأمهما، فإن كان ادعى الأكبر فهما بنت أم ولد، وإذا أعتقا في حال ولم يعتقا في حال عتق نصفهما.

وقد قيل: يجب على قوله أن لا يعتقا؛ لأنه يجوز أن [١٦٦و] يكون ادعى الأصغر، ويجوز أن يكون ادعى الأكبر، فلا يجوز إثبات الاستيلاد من جهة الأم بالشك، كما قالوا في رجل قال لأمته: "هذه أم ولدي" لم يعتق ولدها الموجود؛ لجواز أن يكون قد صارت أم ولد بولد بعده. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الشك في الولد لو صح العتق بالأم لمنع نفسه.

وأما على قولهما: فيجوز أن يكون ادعى الأكبر فيعتق الأصغر بالاستيلاد، ويكون ادعاه فيعتق بنفسه، فهو حر في جميع الأحوال.

قال: ولو ادعى الأكبر لم يثبت نسب الأصغر. وقال زفر: يثبت. وقد مضت في العتاق.

## [دعوى ولد جارية امرأته]

[٦١٨.] مسألة قال في الدعوى: إذا تزوج امرأة على جارية، وسلم إليها،[١] فولدت ولدًا لأكثر من ستة أشهر، فادعاه: لم يصدق. فإن ماتت الزوجة فورثها: ضمن الزوج حصة شركائه من قيمة الأم، وتكون أم ولد له. وأما ابنه فإن كان شريكه فيه ذا رحم محرم منه عتق، ولم يسع لهم في شيء، ولكن أباه يضمن إن كان غنيًا، وإن كان فقيرًا كان ذلك دينًا عليه يسعى العبد فيه في قولهما إذا كذبوا الأب في الدعوة. وفي قياس

١ وصورته في المخطوط: 

قول أبي حنيفة: إذا كانت الدعوة بعد ما وجب الميراث فإن كان فقيرًا استسعى الولد، وإن كان غنيًا ضمن.[1]

وهذه مسألة مضطربة في النسخ، ومختلفة في الرواية، وقد اعترضها عيسى بن أبان وقال: «إن التخليط من محمد»، وجعل مذهب أبي حنيفة: أن من ادَّعى نسب ولد مجهول ولا ملك له فيه ثم ورثه هو وغيره: لم يضمن المدعي، موسرًا كان أو معسرًا، إلا أن شركاءه إذا كانوا [ذا][2] رحم محرم من الغلام لم يكن لهم شيء، وإن كانوا أجانب منه سعى الغلام لهم في قدر نصيبهم.

قال: وإن كانت الدعوة بعد الملك فإن كان الشريك أجنبيًا ضمن إذا كذَّبه الشريك وكان موسرًا، وسعى إن كان معسرًا، وإن كان الشريك ذا رحم محرم من الغلام لم يسع الغلام في شيء، ولم يضمن الدعي شيئًا.

قال عيسى: وقياس قولهما أن النسب متى ثبت بعد الملك فإن الشريك ضامن حصة شركائه [١٦٦ظ] إذا كانوا مكذبين له، سواء كانوا [ذا][3] رحم محرم من المدعي نفسه أو أجانب، إذا كان المدعي موسرًا، وإن كان معسرًا سعى لهم.

وكان أبو بكر يقول: في مذهبهما ما حكاه عيسى، ويقول: عند أبي حنيفة إن كانت الدعوة بعد الملك فكذبه الشركاء ضمن نصيبهم كيف كانوا. وهذا هو الصحيح؛ لأنه إذا ادعى قبل الملك فالدعوة موقوفة على وجود الملك إذا تعلق بسبب يصح إثبات النسب بها، فإذا ملك حكمنا [ب]ثبوت النسب من وقت سابق، ويصير كمن ورث ابنه مع ذي رحم، فإنه يعتق عليهما بالقرابة. وإن كان الشريك أجنبيًا لم يضمن؛

---

١ انظر: الأصل، ٩٨/٨.

٢ في المخطوط: ذو، ولعل الصواب ما أثبت.

٣ في المخطوط: ذو، ولعل الصواب ما أثبت.

لأن العتق لم يتعلق بسبب حادث بعد الملك. وأما إذا كانت الدعوة بعد الملك فهي ثابتة في الحال غير مستندة إلى سبب سابق، فيصير كعتاق موقع.

وجه ما حكاه عيسى من قول أبي حنيفة: أن الدعوة متى ثبتت بعد الملك تعلق بها ثبوت النسب في حقه وحق محارمه، فعتق عليهم جميعًا. وإن كانوا أجانب فقد عتق بفعل الأب، فيصير كعتق موقع. وأما على قولهما: فالدعوة وإن سبقت فلم تثبت، وإنما حكمها موقوف على الملك، وإذا لم يتعلق بها حكم حال وقوعها وإنما يتعلق الحكم بها بعد الإرث صار كأنه ادعى في الحال، فيستوي عندهما الدعوة السابقة[1] والحادثة. وليس كذلك معروف النسب؛ لأنه محكوم بثبوته، فالعتاق يقع عقيب [الإرث][2] من غير أن يقف على معنى.

وأما ما ذكره في الكتاب فقد ذكر جواب أبي حنيفة في الدعوة بعد الملك، وجوابهما في الدعوة المتقدمة على الملك، ولم يذكر قول أبي حنيفة في هذا الفصل.

قال عيسى معترضًا على مسألة: قد ذكر محمد قبل هذا الفصل في رجل أحلَّتْ له امرأتُه خادمَتها، فولدت، وادعى الولد فإن أبا حنيفة قال: إن أقرت المرأة بأن الولد منه وأنها أحلَّتْها له ثبت نسبه منه، وإن أقرت أنها أحلّتها له وجحدت أن يكون [١٦٧و] ابنه فإنه لا يكون ابنه. فإن ماتت فورثها وأخوها فإن نسبه يثبت من الزوج، ويسعى لأخيها في نصف قيمته. قال عيسى: وإذا كان الزوج لا يلزمه الضمان لشريكه في هذه المسألة وإن كان أجنبيًا، فلأن لا يلزمه في مسألتنا الذين هم ذا رحم أولى. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه جعل في مسألة [...][3] سبب يتعلق به ثبوت نسب الولد، وهو إحلالها للزوج؛ لأن هذا يجري مجرى المتعة عندنا، وإنما لم يصدقها لحقها، وإذا زال ذلك ثبت نسب

١ في المخطوط: والسابقة، ولعل الصواب أن الواو زائدة.

٢ وفي المخطوط: إرث، ولعل الصواب ما أثبت.

٣ موضع لم أتبينه في المخطوط، وصورته: 

الولد بالنسب السابق، فصار كرجلين ورثا ابن أحدهما، وفي مسألتنا لا تتعلق الدعوة إلا بسبب موجود في الحال، فصار كعتاق موقع. وقد قالوا في المريض يشتري غلاما، ثم يدعي أنه ابنه ويموت: إنه يسعى في حق ورثته، وإن كانوا [ذا][1] رحم محرم منه. وجعلوه كعتاق موقع، وهذا نصٌّ في إبطال قول عيسى.

## [إقرار المريض بعبد عنده يخرج من الثلث]

[٦١٩.] مسألة قال أبو حنيفة: ولو ملك في مرضه الذي مات فيه غلامًا، وهو يخرج من ثلثه، فادعى أنه ابنه: ورث ولم تلزمه السعاية. وقالا: يسعى ويرث.[2]

لأبي حنيفة: أنا لو أوجبنا السعاية لصار بمنزلة المكاتب فخرج من أن يورث، فسلمت له الوصية، وسقطت السعاية. ومن عتق من غير سعاية ورث، وإذا كان في إثبات السعاية إبطالها سقطت. ولا يقال: وفي إثبات الميراث إبطاله، فلم كان إثبات الميراث أولى من إثبات السعاية؟ لأن الشيئين متى اجتمعا وأحدهما مما لا يلحقه الفسخ والآخر مما يلحقه الفسخ فالذي لا يلحقه الفسخ أولى بالإثبات، وكذلك كان إثبات الميراث أولى. ولأن كونه وارثًا غير مانع من سلامة الوصية له؛ بدلالة حال إجازة الورثة.

**وأما هما:** فمن أصلهما جواز اجتماع السعاية والميراث، على أصلهما: أن المستسعى حر عليه دين، فجعلاه وارثًا، وألزماه السعاية؛ لامتناع سلامة الوصية للوارث.

قال: ولو لم يكن له مال سوى العبد سعى في [١٦٧ظ] ثلثي قيمته، ولم يرث في قول أبي حنيفة. ويسعى في جميع قيمته عندهما وورث.

أما أبو حنيفة فقال: لا بد من إيجاب السعاية في مسألتنا لحق الورثة، وإذا ثبت

---

١ في المخطوط: ذو، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ انظر: الأصل، ٨/١٠١، ١٠٢.

انتفى الإرث، فسلمت له الوصية بالثلث. وعلى قولهما: يجتمع السعاية والميراث، فلم تسلم الوصية للوارث، فأعتق وسعى في جميع قيمته.

قال: ولو كان على الميت دين يحيط بجميع ماله سعى العبد في قيمته، وحكمنا أنه غير وارث. وعندهما: سعى، ويُحكَم بأنه وارث. ولو كان هناك مال على الأصل الذي بيناه.

## [مريض وهب ابنه وعليه دين]

[٦٢٠.] مسألة قال: وقد قال أبو حنيفة: لو وُهِب المريض ابنه وعليه دين، ولا مال له غيره: سعى في قيمته للغرماء، ويعتق، وإن كان الدين أقل من قيمته سعى في الدين، ثم في ثلثي ما يبقى من قيمته. وعندهما: سعى فيما بقي بينه وبين الورثة.[1]

لأبي حنيفة: أنه عتق عليه بعد ما ملكه، وثبت حق الغرماء فيه، وعتق ذوي الرحم وصية، والدين مقدَّم على الوصايا، والباقي بعد استيفاء الدين مال الميت، فيسلم له الثلث؛ لأنه ليس بوارث. وعلى قولهما: فهو وارث، فلا تسلم له الوصية، فيسعى في جميع ما بقي.

وقد قالوا: في الرجل يشتري مجهول النسب في حال صحته، وادعاه في حال مرضه: عتق ولم يسع. ولو كان معروفا فاشتراه عتق وسعى. والفرق بينهما: أن النسب متى ثبت من المريض فهو ثابت حال الصحة؛ لأن المريض غير محجور في استلحاق النسب، وإذا ثبت نسب الولد في حال المرض حكمنا بثبوته في حال الصحة؛ فكأنه ادعاه وهو صحيح. والمعروف النسب إذا اشتراه في مرضه فإنه يعتق في الحال من غير أن يستند إلى سبب سابق؛ لاستحالة أن يحكم بتقدم الحرية في حال الصحة وهو في ملك الغير.

وقد قال أبو حنيفة: في مريض له ألف درهم لا مال له غيرها، اشترى بها ابنه

---

١ انظر: الأصل، ٨/ ١٠٢.

ثم مات: فإن الابن يسعى في ثلثي قيمته، ولا ميراث له. وقالا: يسعى في قيمته، وله الميراث.

لأبي حنيفة: أن الألف حصل [١٦٨و] بدلها للورثة رقبة العبد، وحقهم لا يتعين في التركة، فلم يكن الشراء وصية للبائع، وإنما الوصية في العتق، فإذا لم يخرج من الثلث سعى ولم يرث كالمكاتب. وعلى قولهما: يسعى ويرث على أصلهما.

## [المكاتب يملك ابنه هو وآخر]

[٦٢١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا اشترى المكاتب ابنه ورجل آخر: فحِصَّة المكاتب مثل حصة ابنه، فإن أدَّى المكاتب عتق نصيبه من الولد، وسعى لشريكه. وقالا: يصير جميعه مكاتبًا مع ابنه، ويضمن أبوه نصف قيمته لشريكه.[١]

وهي فرع على أصلهم في تبعيض الكتابة: فعند أبي حنيفة: أنها تتبعض، فصار نصيب المشتري وهو الأب مكاتبًا، ولم يضمن لشريكه على أصله في الحرَّين إذا اشتريا ابن أحدهما، وإذا لم يلزمه الضمان فمتى عتق بالأداء فقد عتق نصيبه بغير فعله، فلا يلزمه ضمان أيضًا. وعلى قولهما: الكتابة لا تتبعض، فإذا صار بعضه مكاتبًا مع الأب فجميعه بمنزلته، وانتقل نصيب شريكه إليه فيضمن ضمان الانتقال، كجارية بين شريكين استولدها أحدهما.

## [دعوى الولد في نكاح صحيح]

[٦٢٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا لاعن الرجل امرأته بولد، فمات الولد وترك أولادًا، فإن كان الولد الذي وقع عليه اللعان بنتًا: لم يصدق في أولادها، وإن كان ذكرًا: صُدِّق. وقالا: يصدق في الوجهين.[٢]

---

١ انظر: الأصل، ٨/ ١٠٤.

٢ انظر: الأصل، ٨/ ١١٢.

لأبي حنيفة: أن أولاد البنت لا ينسبون إلى جدهم، ومتى لم يكن هناك من ينسب إلى الملاعن لم تصح الدعوة، كما لو لم يكن ولدهما. لهما: أن ولد البنت ينسبون إلى الجد كولد الابن فجريا مجرى واحدًا.

[٦٢٣.] مسألة إذا طلق امرأته تطليقة رجعية، فجاءت بولد لأقل من سنتين، فنفاه الزوج: حُدَّ في قولهم؛ لأن العدة قد انقضت، وصار الأب قاذفًا لأجنبية، فلا يصح اللعان بينهما، والمولود على الفراش لا ينتفي بغير اللعان. وإن جاءت به لأكثر من سنتين، فنفاه: لاعن في قولهم؛ لأنا حكمنا بالرجعة، وصارت [١٦٨ظ] زوجه، فينتفي نسب ولدها باللعان.[١]

وكتب ابن سماعة إلى محمد يسأله عن هذه المسألة، وقال: لم جاز أن ينتفي باللعان وقد حكمنا بكونه من ماء الأب حين أثبتنا به[٢] الرجعة، فصار بمنزلة إقرار الزوج به؟ قال: وكذلك قلت: إذا تزوج رجل بامرأة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعدًا قبل الدخول: إنا نثبت حكم الدخول، ونوجب عليها العدة، ونقضي على الزوج بالمهر، ولو نفاه ثبت اللعان. وكان ينبغي أن ينتفي؛ لأنا حكمنا بالدخول ووجوب المهر والعدة. واستشهد على صحة سؤاله [بـ]ـمسألة من الزيادات وهي: من قال لامرأتين له: "إحداكما طالق" فجاءت إحداهما بولد بعد سنتين، فنفاه: لاعن، ولزمه الولد، وتعين الطلاق في الأخيرة، فلما حكمنا بكون الولد منه حين عيّنا الطلاق لم ينتف نسبه باللعان، فكذلك في هاتين المسألتين.[٣]

فأجاب محمد عن ذلك: أن تعيين الطلاق في مسألة الزيادات تعلق بمعنى حادث

---

١ انظر: الأصل، ٨/ ١١٣، ١١٤.

٢ وصورته في المخطوط: 

٣ منتخب الزيادات، ١٢و، ١٢ظ.

بعد وجوب العدة عليها، وهو الوطء؛ ألا ترى أنه ليس هناك معنى أوجب تعيين الطلاق في هذه دون صاحبة الولد إلا الوطء، فلو لم نحكم بالوطء منه لم تحصل دلالة على التعيين، فصار تعيين الطلاق كالشاهد على وطء التي جاءت بالولد، وكونه من مائه، فكأنه اعترف به، فلم يمكن نفيه. وأما مسألة الدعوى: فإثباتنا الرجعة في التي جاءت به بعد السنتين ليس فيه أكثر من تبقية النكاح على ما كان عليه، وبقاء النكاح ليس لمعنى حادث بعد وجوب العدة، كالطلاق الرجعي؛ ألا ترى أن النكاح لا يرتفع معه إلا بانقضاء العدة، فمتى حصل ما يمنع من انقضاء العدة بقينا النكاح على حاله، فلم يصر بقاؤه شاهدًا على كون الحبل منه حتى لا يمكنه نفيه عن نفسه باللعان. وكذلك مسألة النكاح إذا جاءت بولد لستة أشهر، فنفاه الزوج، فإنما ينتفي باللعان؛ لأنه لم يحدث هناك ما يكون شاهدًا على [١٦٩و] كون الحبل منه؛ ألا ترى أن ثبوت النسب يتعلق بثبوت الفراش. وأما التي لم يدخل بها إذا جاءت بولد لأقل الحمل فإنما لم يثبت نسب الولد منه لجواز أن يكون العلوق حدث على فراشه، وجواز أن يكون قبله، فلم يكن الحمل شاهدًا، ووجوب المهر لا يجعل شاهدًا؛ لأنه كان واجبًا بالعقد، وكذلك وجوب العدة لا يكون شاهدًا؛ لجواز أن يجب العدة من غير وطء، وهو عدة المتوفى عنها زوجها ومن خلا بها زوجها وامرأة المجبوب.

وأما إذا كان الطلاق بائنا فجاءت بولد لأقل من سنتين فنفاه الزوج: ثبت نسب الولد وحده في قولهم؛ لأنها صارت أجنبية فلم ينتف نسب ولدها باللعان، وصار قذفها كقذف سائر الأجنبيات. وإن جاءت به لأكثر من سنتين فنفاه لم يثبت، ولم يحد الزوج؛ لأنها جاءت به لحمل حادث بعد البينونة فلا يثبت نسبه إلا بالدعوى، إلا أن الزوج لا يحد؛ لأن معها ولد غير ثابت النسب.

وإن جاءت بأحد الولدين لأقل من سنتين، والآخر لأكثر من سنتين، فنفاهما:

لزماه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وحُدَّ الزوج؛ لأن من أصلهما: أن الولد الثاني يتبع الأول، فكأنها جاءت بهما لأقل من سنتين. وعلى قول محمد: لا يثبت نسبهما، ولا يحد الزوج؛ لأن من أصله: أن الولد الأول يتبع الثاني، فكأنها جاءت بهما لأكثر من سنتين.

## [المرأة إذا تزوجت وزوجها حي لمن يكون الولد]

[٦٢٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا غاب زوج المرأة فتزوجت، فولدت أولادًا، ثم جاء الأول: فالولد له. وروى محمد عن عبد الكريم الجرجاني[1] أن أبا حنيفة رجع عن ذلك ببغداد، وقال: الولد للثاني. وذكر في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: قال أبو حنيفة بعد ذلك: الولد للآخر.[2] وقال أبو يوسف: إن جاءت بالولد لستة أشهر منذ تزوجها الثاني فهو منه، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فهو للأول. وقال محمد: إن جاءت به لسنتين أو أقل فهو للأول، وإن جاءت به لأكثر فهو للثاني.[3]

لأبي حنيفة: أن ثبوت النسب يتعلق بالفراش، [١٦٩ظ] والفراش للأول دون الثاني؛ بدلالة أنهما لو اجتمعا في المصر كان النسب للأول، فكذلك إذا غاب. ولأن فراش الأول صحيح والثاني فاسد، والفراش الصحيح أولى من الفاسد، أصله: إذا تزوجت والزوج حاضر. ولأن أحكام الفراش الأول لم تنقطع؛ بدلالة الموارثة ووقوع الطلاق، وكذلك النسب. وليس كذلك إذا كان الزوج صغيرًا؛ لأنه ممن لا يثبت له فراش صحيح، لاستحالة أن يكون له ولد، فكان حكم الفراش أولى منه. ولأنه اجتمع النكاح وشبهة النكاح فكان النكاح أولى، مثل الملك وشبهة الملك.

---

١ وعبد الكريم الجرجاني صاحب محمد بن الحسن، فلعله هو الراوي عن محمد لا العكس، والله أعلم.

٢ اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ١٨٣، ١٨٤.

٣ انظر: الأصل، ١١٦/٨.

وجه قولهما: أن الفراش الفاسد أقوى من الفراش الصحيح؛ بدلالة أن النسب لا ينتفي باللعان فكان أولى بالولد. ولأن الغائب لا يكون منه الوطء فكان الحمل من الثاني فحكم له به. ولأن وطء الثاني يوجب تحريم الوطء على الأول، فقطع حكم الفراش، كأم الولد إذا تزوجت لمّا حرم وطؤها على المولى قطع فراشها. وهذا ليس بصحيح، أما امتناع نفيه باللعان فلا يدل على تأكده؛ ألا ترى أن ولد الكتابية والأمة لا ينتفي باللعان ولا يدل على تأكد الفراش، ولأنه يبطل إذا كان الزوج حاضرًا. وأما اعتبار عدم الوطء فليس بشيء؛ بدلالة أنها لو لم تتزوج ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين ثبت النسب من الأول مع عدم الوطء. وأما اعتبار التحريم على الأول فلو منع ثبوت النسب منه لمنع من الثاني.

وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف: يعتبر أن تأتي بالولد لأقل الحمل حتى يثبت نسبه كالنكاح الصحيح. ومحمد يقول: ما جاءت به لأقل من سنتين يجوز أن يكون من الأول، ويجوز أن يكون من الثاني، فإلحاقه بأقوى الفراشين أولى، وما زاد على السنتين فلا يجوز أن يكون من الأول فلم يبق إلا الثاني.

## [الشهادة على استهلال الصبي]

[٦٢٥.] مسألة قال أبو حنيفة: لا تقبل في استهلال الصبي إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين. وقالا: [١٧٠و] تقبل شهادة امرأة واحدة.[١]

لأبي حنيفة: أن الاستهلال ظهور الحياة عقيب الولادة بالصياح أو بالحركة، وهذا معنى يطلع الرجال عليه، فلا يقبل فيه قول النساء كسائر الحقوق. لهما: أن الاستهلال يكون في حال لا يحضره الرجال غالبًا، فصار كالولادة.

---

١ انظر: الأصل، ١٢٢/٨.

## [دعوى العتاق]

[٦٢٦.] مسألة قال في الدعوى: إذا أقام البينة أن فلانًا أعتقه، وأقام آخر البينة أنه له: فالبينة على الملك أولى. وكذلك لو شهدوا أنه أعتقه وهو في يده.[1] وذكر ابن سماعة عن محمد في الشهود إذا شهدوا أن فلانا باع هذه الدار، وهي في يده، وأقام آخر البينة على الملك: لم يلتفت إلى شهود اليد. قال محمد: قال القاسم بن معن:[2] يحكم بها لصاحب اليد على الشراء، كما يحكم لصاحب الملك. وكان أبو الحسن يقول: يحكم ببينة الشراء والعتق.

وجه ما ذكره في الأصل: أن شهود المدعي شهدوا بالملك، وشهود الآخر شهدوا باليد: فكانت الشهادة بالملك أولى، كما لو قالوا: "كانت له"، وقال الآخرون: "كانت في يده". ولأن بينة الملك تبين أن اليد لم تكن يد ملك، فكانت يد الملك أولى. وليس هذا كالشهادة بالبيع والتسليم؛ لأن التسليم تصرف يقتضيه العقد، فصار جهة من جهات الملك، وأما العتق فهو قول صحيح يصح مع اليد وغير اليد، فلم تكن اليد من مقتضاه، فلم يتعلق بذكرها حكم.

وجه قول القاسم: أن الشهادة باليد والتصرف يتضمن الشهادة بالملك، كالبيع والتسليم.

## [دعوى الولد بعد العتاق]

[٦٢٧.] مسألة قال أبو حنيفة في العبد الصغير بين رجلين، أعتقه أحدهما وادعاه الآخر: لم يكن ابنه في القياس، والاستحسان [أن] يثبت نسبه منه. وقالا: لا يثبت حتى يكبر ويصدقه.[3]

---

١ انظر: الأصل، ١٢٦/٨.

٢ أبو عبد الله القاسم بن معن بن عبد الرحمن الهذلي الكوفي، (ت. ١٧٥هـ). من أكابر أصحاب أبي حنيفة. روى عنه محمد بن الحسن. انظر: الجواهر المضية، ٤١٢/١.

٣ انظر: الأصل، ١٣٠/٨، ١٣١.

وهي فرع على أصل أبي حنيفة: أن نصيب الذي لم يعتق على [١٧٠ظ] ملكه، فتجوز دعوته فيه. وعلى قولهما: قد زالت يده عنه بالعتق، فصار كمن ادعى صبيًا حرًا. وإن ادعياه جميعًا: فالذي لم يعتق أولى عند أبي حنيفة؛ لبقاء يده وملكه. وعلى قولهما: الذي أعتق أولى؛ لأن العتق وقع منه في الجميع، فيثبت الولاء، فصار كمن أعتق صبيًا صغيرًا ثم ادعاه: جازت دعوته استحسانًا.

## [القضاء على الغائب]

[٦٢٨.] مسألة المشهور من مذهب أصحابنا: أن الحاكم لا يحكم على الغائب، ولا يسمع البينة عليه إلا أن يكون خصمه حاضرًا، إما وكالة أو من طريق الحكم. قال الطحاوي في كتاب الشهادات من الاختلاف: «قال أبو يوسف: إذا حضر الطالب وأحضر شاهدين، ولم يحضر المطلوب ولم يوكل: قبلتُ البينةَ وأنفذتُ القضاء».[١]

لنا: ما روي في خبر علي أن النبي عليه السلام قال له: «لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر».[٢] ولأنه لا نعلم جحود المدعى عليه ولا من أقام مقامه، فأشبه إذا حضر المجلس فلم يسأله الحاكم. ولأن صحة الحكم تقتضي محكومًا له ومحكومًا عليه، ثم غيبة أحدهما يمنع القضاء، فكذلك الآخر.

لأبي يوسف: ما روي أن النبي صلى الله عليه قال لهند: «خذي من مال أبي سفيان ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف»[٣] وهذا حكم على الغائب.

---

١ مختصر اختلاف العلماء، ٣/٣٨٦.

٢ انظر: مصنف ابن أبي شيبة، ١٥/٥٢ (٢٩٧٠٧)؛ مسند أحمد، ٢/٢٢٥ (٨٨٢).

٣ انظر: صحيح البخاري، ٣/٧٩ (٢٢١١)؛ مصنف ابن أبي شيبة، ١١/٣٤٤ (٢٢٥١٨).

## [القضاء على المتغيب]

[٦٢٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا تغيَّب الرجل من منزله، ولم يخرج إلى القاضي: لم يحكم عليه. وقال أبو يوسف: أبعث من ينادي على بابه ثلاثة أيام، فإن لم يحضر قبلتُ البينة، وأنفذت القضاء. قال الطحاوي: فذكر ذلك لابن أبي عمران فعرفه، وقال: كان أبو يوسف يقول ذلك، ويقول: يوكِّل القاضي وكيلًا فيكون ذلك الوكيل كَهُوَ يسمع البينة.[1] وأما محمد فيقول كقول أبي حنيفة. وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد مثل قول أبي يوسف.

لأبي حنيفة: ما ذكرناه في المسألة الأولى.[2] ولأن الغيبة إذا منعت الحكم فلا فرق [بين][3] أن يكون بمعصية أو غيرها؛ لأن المانع في [١٧١و] الوجهين ما يعود إلى الحاكم من الحكم بالشهادة مع تجويز الإقرار.

وأما أبو يوسف: فقد جوَّز القضاء على الغائب؛ لما في انتظاره من الإضرار بالمدعي، وهذا المعنى موجود في المتغيب.

ومحمد فرق بينهما: لأن الغائب يمكن الحاكم أن يسمع الشهادة عليه ويكتب بها، فيتوصل إلى الحق منه حيث هو، وهذا المعنى لا يمكن في المختبئ، فلو لم يقض عليه [لبطل] الحق، وهذا [المعنى] لا يوجد [في الغائب]. وقد قالوا جميعًا: لو حضر المدعى عليه فلم يقر ولم ينكر يسمع القاضي البينة؛ لأنه قد علم أنه ليس من جهته إقرار، فجاز سماع البينة عليه.

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٣/٣٨٦، ٣٨٧.

٢ وهي السابقة في القضاء على الغائب.

٣ وفي المخطوط: بأن، ولعل الصواب ما أثبت.

## [الاستحلاف مع حضور البينة]

[٦٣٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قال المدعي: "لي بينة حاضرة في المصر" وطلب يمين المدعى عليه: لم يستحلف. قال الطحاوي: «ولم توجد هذه الرواية عن محمد. وقال أبو يوسف: يستحلف».[1]

لأبي حنيفة: أن اليمين لا حكم لها مع البينة الحاضرة، أصله: إذا كانوا في المجلس. ولأن اليمين لما لم يتعلق بها حكم مع البينة كان حضورها في المصر بمنزلة الحضور في المجلس، كالشهادة على الشهادة. لأبي يوسف: أن اليمين فيها فائدة؛ لجواز أن يتعجل النكول، فيستغنى عن إحضار الشهود، فوجب أن يستحلف.

* * *

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٨/٢٥٣، ٢٥٤.

# كتاب أدب القاضي

## [القضاء فيما اختلف فيه الفقهاء]

[٦٣١.] مسألة قال في الجامع الصغير: «ما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر أمضاه».[١] وهذا على تفصيل:

ما كان طريقه الاجتهاد وليس لله عليه دليل قاطع: فإن القاضي الثاني لا يفسخه؛ لما روي في حديث أبي بكرة أن النبي عليه السلام قال: «لا يقضى في الشيء الواحد بقضاءين».[٢] ولأن عمر لم يقض بالتشريك، ثم شرَّك فقال: «ذاك ما قضينا وهذا على نقضي».[٣] ولأن الصحابة ولَّوا من يخالفهم في مذهبهم القضاء، فلو كان حكمه يفسخ لما ولَّوه. ولأنه ليس لله تعالى فيه دليل [١٧١ظ] قاطع، والاجتهاد متعارِض، فإذا انضم حكم الحاكم إلى أحد الاجتهادين قَوِي حكمه، فلم يفسخ باجتهاد آخر.

وأما ما لله عليه دليل قاطع: فلا يسوغ الاجتهاد فيه فإن حكم الحاكم به يفسخ، هذا مثل تحريم المتعة، وتزويج تسعة، ومنع وقوع الطلاق حال الحيض والبينونة.

وأما ما يسوغ فيه الاجتهاد ولله فيه دليل قاطع: فإن حكم الحاكم يفسخ فيه، كالحكم بمثل بيع ما تركت التسمية عليه عمدًا؛ لأنه يخالف القرآن، وليس في مقابلته ما يعارضه، فلم يعتد بذلك وفسخ الحكم.

---

١ الجامع الصغير، ٣٩٩.

٢ سنن النسائي، ٢٤٧/٨ (٥٤٢١).

٣ مصنف ابن أبي شيبة، ٢٣٢/١٦ (٣١٧٤٤).

وقال محمد: أفسخ حكمَ الحاكم بالشاهد واليمين. وقال أبو يوسف: لا أفسخه. والأظهر: أن يُفسَخ لمخالفته القرآن؛ ألا ترى أن الله تعالى أمر باستشهاد الشاهدين، وشاهد وامرأتين، فالظاهر يقتضي وقوف شهادة الواحد على شرط آخر، وقبول قوله من غير ذلك الشرط مخالف للنص، وليس في مقابلة ذلك إلا خبر ضعيف تكلّم عليه أهل العلم. وقال الزهري: «لا يصح فيه خبر عن رسول الله صلى الله عليه». وقال محمد: «الشاهد واليمين شاذ لم تحتمله العامة، وليس هو كالمسح على الخفين، ولا تحريم تزويج العمة والخالة على غيرهما، ولا كالرجم». وقال الزهري وهو أعلم أهل المدينة في زمانه، وأهل المدينة لا ينكرون ذلك للزهري: «إن الشاهد واليمين بدعة»» وأول من قضى به معاوية. وقد جاء أن ذلك كان في شهادة خزيمة بن ثابت.

وأما أبو يوسف: ذهب إلى أن هذا حكم ورد فيه خبر الواحد، واختلف فيه الفقهاء، وشاع فيه الاجتهاد فمتى حكم به حاكم جاز. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الخبر لا يعارض الآية، وتسويغ الاجتهاد لأنه لم يظهر لخصمنا ما ظهر لنا من الآية، فصار كمن حكم بالاجتهاد وهو لا يعلم بالنص، فلا نؤثمه. [١٧٢و]

وعلى هذا قالوا في القتل بالقسامة: إنه خلاف الإجماع، ولم يحكم به الأئمة الأربعة، وليس له شاهد من اجتهاد ولا أثر. وروى ابن رستم عن أبي يوسف فيمن أعتق نصف عبده وهو معسر، فقضى القاضي للآخر بجواز البيع: أنه يفسخ حكمه. وكذلك إذا حكم في ضمان الدرك بشراء الدار وخلاصها: فسخ حكمه؛ لظهور نكير السلف على قائله، وعدم الدلالة عليه.

وكان أبو بكر يقول: إذا حكم الحاكم بتزوج ابنة الرجل من الزنا لم يجز حكمه؛ لأنه قول فاحش مخالف لأصول الشريعة، لم يقل أحد به إلا الشافعي. واختلف أصحابنا في الحاكم إذا حكم ببيع أم الولد فقال أبو حنيفة: ينفذ حكمه. وقالا: لا ينفذ حكمه. وقد ذكرناه في كتاب العتاق.

## [تلقين الحاكم الشهود]

[٦٣٢.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: لا يُلقِّن الحاكم الشهود. وقال أبو يوسف: لا أرى بذلك بأسًا.[١]

وجه قولهما: ما روي في خبر أم سلمة أن النبي عليه السلام قال: «إنما أقضي بما أسمع».[٢] ولأن الشاهد إذا لُقِن تَلَقَّن حرصًا على تصحيح الشهادة، فيحكم بما لا يجوز. ولأنه لا يلقن المقر فكذلك لا يلقن الشاهد. لأبي يوسف: أن الشاهد قد يلحقه الحَصَرُ ويَعلَم القاضي قصده فيلقنه ترتيب الشهادة إذا أخلَّ به، وهذا جائز. ولأنه لا يتلقن ما ليس عنده إذا كان عدلا.

## [ما يقبل من العدد في الترجمة والتعديل والتزكية]

[٦٣٣.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يكتفى بترجمة الواحد، وتعديله وتزكيته، والاثنان أفضل. وقال محمد: لا يقبل في ذلك إلا اثنان.[٣]

لهما: ما روي أنه عليه السلام أمر زيد بن ثابت أن يتعلم كتابة اليهود فكان يكتب إليهم ويقرأ كتبهم، وقد فعل النبي عليه السلام ذلك، وإن كانت هذه الكتب تتضمن أحكام الشريعة. ولأنه خبر يتعلق بأمور الدين مما لا تعم البلوى به فصار كالأخبار الشرعية. ولأنه لما سقط فيه اعتبار [١٧٢ظ] لفظ الشهادة سقط العدد، كهلال رمضان. وليس كذلك هلال الفطر؛ لأنه يفتقر إلى لفظ الشهادة.

لمحمد: أن الشهادة لا يتعلق بها حكم إلا بالتزكية، فصارت كالشهادة على

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٣٣/٨، ٣٤.

٢ انظر: صحيح البخاري، ٦٩/٩ (٧١٦٨)؛ صحيح مسلم، ١٣٣٧/٣ (١٧١٣).

٣ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٣٧/٨.

الشهادة. ولأنه لما اعتبر فيه الحرية والعدالة اعتبر العدد كالشهادات. وقد قال محمد: لا أقبل في الحدود تزكية النساء مع الرجال، ولا في الزنا أقل من أربعة، ولا في قيمة السرقة إلا اثنين.

## [قضاء القاضي بما في ديوانه بخطه]

[٦٣٤.] مسألة قال أبو حنيفة: لا يقضي القاضي بما يجده في ديوانه بخطه إذا لم يَتَذكَّر. وقالا: يقضي به.[١]

لأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء، ١٧/٣٦]. ولأن الخط قد يشبه الخط فلا يؤمن أن يكون دُلِّس عليه فحكم بما لا يعلمه. [ولأنه] لا يعلمه.[٢] ولأن الشاهد لا يرجع إلى الخط إذا لم يعلمه، فالحاكم أولى. لهما: أن القاضي يتعذر عليه حفظ جميع ما في ديوانه، والظاهر أن ما كان تحت ختمه فهو كتبه، فلو لم يعمل عليه لأدّى إلى تضييع الحقوق.

## [البينة عند الحاكم على قضية له لا يتذكرها]

[٦٣٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قامت البينة عند الحاكم بقضية له لا يتذكرها لم يسمع الشهادة. وحكى الطحاوي عن أبي يوسف مثله. وقال محمد: يقضي بها. وعن إسماعيل بن حماد وابن سماعة مثله.[٣]

لأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الشهود ينقلون قول الحاكم إليه وهو لا يتذكر، فصار كشهود الفرع إذا شهدوا وشهود الأصل لا يتذكرون. ولأنه هو الأصل فإذا كان

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٣/٣٥٠؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/٣٩، ٤٠.

٢ وفي المخطوط: ولأن لا يعلمه، ولعل الصواب ما أثبت.

٣ انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ١٥٨؛ مختصر الطحاوي، ٣٢٩، ٣٣٠؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/١٣١، ١٣٢.

لا يعلم لم يتعلق بالفرع حكم. وقد ردَّ أصحابنا أخبارًا أنكرها الراوي، لهذا المعنى.

واحتج محمد: بما روي أن عمر قبل شهادة من شهد عنده أنه آمن الهرمزانَ.[١] وهذا ليس بصحيح؛ لأنهم شهدوا عنده بحق لزمه، فصار مثل أن يشهدوا بدين عليه. ويقول أيضًا: إن شهادتهم لا تكون أقل من شهادة على حكم حاكم آخر أنه ينفذها، فكذلك حكمه.

## [سؤال القاضي إذا أشكل عليه]

[٦٣٦.] مسألة قال في كتاب [١٧٢و] الحدود: ينبغي للقاضي إذا أشكل عليه شيء أن يسأل عنه من هو أفقه منه ولا يسعه إلا ذلك، وإن أشار عليه الذي هو أعلم منه بما هو خطأ عند القاضي قضى بما هو الصواب عنده إذا كان يبصر وجوه الكلام. وإن ترك رأيه وعمل بقول ذلك الفقيه كان موسعًا عليه، ولم يذكر خلافًا.[٢]

وكان أبو الحسن يحكي من مذهب أبي حنيفة: جواز تقليد العالم لمن هو أعلم منه، وامتناع ذلك على قولهما.

لأبي حنيفة: ما روي أن عبد الرحمن بن عوف عرض على عثمان: أن يقضي بكتاب الله تعالى وسنة رسوله عليه السلام، وسنة أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فأجابه إلى ذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف.[٣] ولا يقال: إن عليًا امتنع من ذلك؛ لأنه يجوز أن يكون اعتقد أنه أعلم منهما فامتنع من تقليدهما لذلك. ولأنه إذا كان عنده أنه أقوى اجتهادًا منه صار كاجتهادين تعارضا ومع أحدهما ترجيح. ولأنه يخشى فوات العبادة بالتشاغل بالاجتهاد، فصار كالعامي الذي يخشى فوات العبادة بالتشاغل بالتعلم.

---

١ انظر: مصنف ابن أبي شيبة، ٢٩٩/١٨ (٣٤٥٠٥).

٢ انظر: الأصل، ١٩٠/٧.

٣ انظر: مسند أحمد، ٥٦٠/١ (٥٥٧).

لهما: أن المجتهد يمكنه أن يتوصل إلى معرفة الحكم بنفسه، فلم يجز أن يقلد غيره، كالمجتهد في القبلة إذا كان معه مجتهد آخر.

## فصل

### [القاضي يتبين له خلاف ما قضى]

[٦٣٧.] وقد ذكر الطحاوي في القاضي يقضي ثم تبين له خلاف ما قضى، فإن كان مخالفًا للنص والإجماع: أبطله، وإن كان غير ذلك: لم يبطله في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: إن كان قضى بتقليد فقيه ثم تبين له أن قول غيره من الفقهاء أولى نقضه.[1]

لهما قوله عليه السلام: «لا تقض في شيء واحد بقضاءين». ولأن حكمه انضم إلى اجتهاد فصار مثل أن يحكم باجتهاد نفسه ثم ظهر له اجتهاد آخر. لمحمد: أن التقليد لا يثبت له حكم مع الاجتهاد، [١٧٣ظ] فصار كالمنتقل مع اجتهاد النص.

### [القضاء بخلاف مذهبه ناسيًا]

[٦٣٨.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كان القاضي يذهب إلى مذهب في مسألة وفيها خلاف بين العلماء، فنسي رأيه، وقضى بخلافه مما قال به بعض العلماء، وقد جاءت به الآثار: فإنه يمضي هذا القضاء. وقالا: يرد ذلك.[2]

لأبي حنيفة: حديث أبي بكرة. ولأنه حكم يسوغ فيه الاجتهاد فإذا تذكر مذهبه فقد انتقل من اجتهاد إلى اجتهاد. ولأن له ابتداء عند ترك مذهبه وتقليد غيره فإذا فعل ذلك ناسيا لم يفسخ. وهما بنيا على أصلهما: أنه لا يجوز أن يترك رأيه ابتداء ويقضي برأي غيره، فكذلك إذا فعله ناسيًا كمن ترك النص.

---

١ مختصر الطحاوي، ٣٢٧، ٣٢٨.

٢ انظر: عيون المسائل، ٢٢٤.

## [القضاء بخلاف ما يعتقده المحكوم عليه]

[٦٣٩.] مسألة ذكر ابن رستم عن أبي يوسف فيمن قال: "إن تزوجت امرأة فهي طالق" فتزوج، ثم ارتفع إلى قاض يرى بطلان ذلك فحكم بصحة النكاح: لم يسعه المقام معها. وروى خلف بن أيوب عنه في الجد والأخ: إذا كان الأخ يرى مذهب أبي بكر فارتفع إلى قاض يرى مذهب زيد فقسم المال بينهما: لم يحل له أن يأكل ما أطعمه القاضي. وقال محمد في إملائه: إن المعتبر بحكم الحاكم دون رأيه.

لأبي يوسف: أن الإنسان متعبِّد برأيه فيما يؤدي إليه اجتهاده، ولهذا لم يجوّز تقليد غيره، فلم يجز له ترك رأيه واتباع رأي القاضي، كما ليس له ترك رأيه والأخذ باجتهاد من هو أعلم منه. ولأن من أصله: أن حكم الحاكم لا يُبيح شيئًا ولا يُحرِّمه، وهذا مال محرَّم وبَضْع محرَّم فلم يتغير بحكم الحاكم.

لمحمد: أن الاجتهاد متى انضم إليه حكم سقط ما سواه؛ بدلالة أن الحاكم الثاني مأمور بتقليده وترك اجتهاده. ولأن الحاكم يجب اتباعه كما يجب متابعة الإمام، وإذا كان للمؤتم ترك مذهب نفسه ويعمل على مذهب الإمام، فكذلك المحكوم عليه. [١٧٤و]

## [القضاء بشهادة الولد للوالد]

[٦٤٠.] مسألة قال أبو يوسف في قاض قضى بشهادة الأب لابنه أو الابن لأبيه: إن القاضي الثاني يجيز ذلك. وقال محمد: يفسخه.

لأبي يوسف: أن شهادة الولد للوالد [مسألة] مختلَف فيـ[ـها بين] الصحابة، فقد روي عن علي رضي الله عنه جوازها فصارت كسائر مسائل الاجتهاد، ولا معتبر بحصول الإجماع بعدها؛ لأن الإجماع بعد الخلاف مجتهَد فيه. ومحمد: ذهب إلى أن الخلاف المتقدم قد سقط بالإجماع، فصار كسائر المسائل المُجمَع عليها.

## [كتاب القاضي إلى القاضي بعلمه قبل القضاء]

[٦٤١.] مسألة قال أبو حنيفة في القاضي يكتب شهادة يحملها قبل القضاء إلى قاض آخر: لم يقبلها إلا ومعه شاهد آخر. وقال أبو يوسف: يقبلها.

أما أبو حنيفة فبنى على أصله: أن الحاكم لا يسوغ له أن يحكم بما علمه؛ لأنه شهادة، فالمكتوب إليه أولى. وأبو يوسف بنى على أصله: أن ذلك بمنزلة ما علمه بعد القضاء، فيجوز أن يحكم به كما يحكم بسائر ما يكتب به إليه.

## [شهادة الرجل لأبيه]

[٦٤٢.] مسألة قال أبو يوسف في الرجل يشهد على قضية أبيه: لا يجوز. وقال محمد: يجوز.

لأبي يوسف: أن هذه شهادة فيها منفعة للأب، وهو تصديقه فيما يقوله، ويعود [إليه] حكمه فلم يقبل، كما لو كان له فيه منفعة بالمال. ومحمد يقول: شهادة الابن في حق أبيه شهادة صحيحة؛ بدلالة [ما] إذا شهد عليه تقبل، وإنما لا تقبل فيما فيه منفعة للتهمة، فما لا منفعة فيه تقبل. وروى ابن رستم عن محمد: أن القاضي يجوز له أن يحكم بشهادة أبيه وابنه، ولو عدل الرجل [أباه][١] أو شهد على شهادته جاز؛ لأنه لا منفعة له في هذا.

ويجوز على قول أبي يوسف أن يقال: لا يصح لما فيه من التهمة وهو تصحيح شهادة أبيه. ويجوز أن يقال في أصله: إن الحاكم يحكم بشهادة نفسه فيما علمه قبل القضاء، فكذلك شهادة أبيه.

---

١ وفي المخطوط: أبيه، ولعل الصواب ما أثبت.

## [قضاء القاضي بعلمه]

[٦٤٣.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: ما علمه القاضي قبل القضاء لا يحكم به. وقال أبو يوسف: يحكم به.[١]

لهما: أنه تحمل شهادة فلو حكم تجعل شهادته [١٧٤ظ] حكمًا، وهذا أمر يلحقه فيه التهمة فلم تقبل، كما لا تقبل شهادته لنفسه. لأبي يوسف: أن المقصود من إقامة البينة علم الحاكم، ومعلوم أن الشهادة لا تحصل إلا غلبة الظن، فإذا كان يعلم ذلك أولى.

وأما إذا علمه في حال القضاء فله أن يحكم به عند أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر إلا في الحدود. وكان محمد يقول مثل ذلك، ثم روى ابن سماعة عنه أنه رجع عن ذلك، وقال: لا ينفذ حكمه.[٢]

لهم: جواز الاقتصار على قاض واحد بالإجماع، فلو لم يقبل قوله لم يقتصر عليه؛ تحصينًا للأموال. ولأن إخباره عن مذهب نفسه يقبل، وصحة الحكم تتعلق به كما يتعلق بالإقرار. ولا يقال: إن ذلك لا يعلم إلا من جهته؛ لأن قوله يقبل في التعديل وإن جاز أن يعلم من غيره. وهذا هو القياس في الحدود، ولكن تركوا ذلك لما روي عن أبي بكر أنه قال: «لو وجدتُ رجلًا على حدٍّ من حدود الله لم آخذه حتى يكون معي شاهد غيري»،[٣] وعن عمر أنه قال لعبد الرحمن بن عوف: «أرأيتَ لو رأيتُ رجلا قتل أو سرق أو زنى؟» قال: «إن شهادتك شهادة رجل من المسلمين»،[٤] وسأل معاويةُ ابنَ عباس عن ذلك فأجابه بمثله.

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٥٤/٨، ٥٥.

٢ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٥١/٨، ٥٤.

٣ السنن الكبرى، ٢٤٢/١٠ (٢٠٥٠٥).

٤ صحيح البخاري، ٦٩/٩؛ مصنف عبد الرزاق، ٣٤٠/٨ (١٥٤٥٦).

لمحمد: أن علم الحاكم لو جاز الحكم به لاستوى فيه الحدود وغيرها، كالشهادات. وقد قال محمد بأَخَرَة لما رأى تخليط القضاة: إن قاضيًا لو قال: "شهد عندي شهود بطمرين على فلان فقضيت عليه" لم يقبل قوله. وكذلك لو قال: "أقر عندي بالزنا" أو "شهد بذلك أربعة". وهذا ليس بصحيح؛ لأن القاضي لما جُعِل أمينًا في الحكم وجب أن يُقبَل قوله فيه كالوصي. ومحمد يقول: لو قبلت قوله لقبلت قول الواحد وهذا لا يصح.

## [الاستحلاف على الدعوى]

[٦٤٤.] مسألة قال أبو يوسف: إذا ادعى رجل على رجل أنه باعه هذه الدار فإن القاضي يستحلفه "بالله ما بعت"، إلا أن يقول الرجل: "قد تبيع ثم تفاسخ" فيستحلفه [١٧٥و] "بالله ما بينك وبينه بيع قائم الساعة". وقال الحسن: أحلفه على الوجه الأخير عرَّض أو لم يُعرِّض.[١]

لأبي يوسف: أن الاستحلاف من حكمه أن يقع على الدعوى؛ لأنه حق للمدعي فيجب أن يكون بحسب دعواه، والدعوى وقعت على أصل البيع، فاستحلف عليه. ولأنه لو جرى فسخ لعرف القاضي، فلما لم يعرف دلَّ على أنه لا فسخ بينهما، فبقيت اليمين على أصل البيع.

وللحسن: أن حق المدعي في بقاء البيع في الحال، والاستحلاف عليه إيفاء لحقه ولحق المدعى عليه، والاستحلاف على أصل البيع إسقاط لحق المدعى عليه؛ لجواز أن يكون فاسخًا، فكان إيفاء حقهما أولى.

[٦٤٥.] مسألة قال الخصاف روي عن أصحابنا فيمن ادعى أن أباه مات وهو وارثه، لا وارث له غيره، وأن له على هذا الحاضر ألف، فأنكره: أنه لا يستحلف،

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٢٥٥/٨.

ولكن يكلف الابن البينة على النسب والوفاة. قال: وروي قول آخر أنه يستحلف "بالله ما يعلم أنه ابن فلان، ولا يعلم أن فلانًا مات". ولم يُضِف القول إلى قائل بعينه، فيجوز أن يكون روايتين.

وجه القول الأول: أنه لو استحلف لحكمنا بالنكول في حق الميت، والقاضي لا يجوز له أن يحكم بالنكول في حقه. ولأن الوارث يدعي انتقال الملك من الميت، فصار مثل أن يدعي الشراء من غائب. وليس كذلك إذا أقر الخصم؛ لأن إقراره ثابت بنفسه غير مفتقر إلى حكم حاكم. وجه القول الآخر: أن الابن يدعي قيامه مقام الميت فصار كدعواه وكالة من حي.

[القاضي يأخذ من المدعى عليه كفيلًا]

[٦٤٦.] مسألة قال أبو حنيفة في رجل تقدم إلى القاضي فادعى حقًا، وزعم أن له بينة، فإنه يؤخذ من المدعى عليه كفيل ثلاثة أيام. وقال أبو يوسف: إلى الوقت الذي يمكن فيه التقدم إلى القاضي.[1] وهذا ليس بخلاف؛ وإنما ذكر أبو حنيفة الثلاثة، لأن القاضي كان يقعد يومًا ولا يقعد يومًا، والكفالة تُطلَب إلى وقت قيام البينة، ولا يمكن إقامتها قبل جلوس [١٧٥ظ] القاضي. وأبو يوسف أجاب على المعنى، ولم يرجع إلى العادة في التقدير.

[غيبة المقضي عليه حين الحكم]

[٦٤٧.] مسألة قال أبو يوسف: إذا سمع القاضي البينة على رجل فغاب حكم عليه. وقال محمد: لا يحكم.

لأبي يوسف: أن حضوره معتبر ليعلم وجود الإنكار من جهته أو الإقرار، وهذا المعنى قد عُلِم، وجوازُ أن يكون له حجةٌ لا يمنع من الحكم؛ لأنه يقدر أن يقيمها

١ انظر: الأصل، ١٠/٥٢٧.

بعده. لمحمد: أن صحة الشهادة موقوفة على الحكم، فإذا اعتبر حضور الخصم في الابتداء فلأن يعتبر حال الحكم أولى. ولأن غيبة المقضي له بعد السماع يمنع من الحكم، فكذلك غيبة المقضي عليه.

## [من لا يسأل عنه من الشهود]

[٦٤٨.] مسألة قال إسماعيل بن حماد: لا أسأل عن شاهدي ردِّ الطينة،[١] والمعدِّل العلانية، وشاهدي الأشخاص.[٢] وقال ابن سماعة: أسأل عن شاهدي ردِّ الطينة وشاهدي الأشخاص.

وجه القول الأول: أن هذا ليس طريقه الشهادات؛ ألا ترى أنه ليس فيه إلزام حق، وإنما القاضي يخبر، فصار كأخبار المعاملات. وجه قول ابن سماعة: أن هذه شهادة يتعلق بها حكم من الشرع فيجب أن يسأل عن الشهود، حتى لا يحكم بشهادة من لا يقبل قوله.

## [قبول دعوى المدعى عليه بالإعسار]

[٦٤٩.] مسألة ذكر الخصاف عن أصحابنا أن الدين إن كان بدلًا عن مال حصل في يد المدعى عليه: لم يقبل قوله: "إنه معسر" وحبس، كأثمان البياعات، وما سوى ذلك لا يحبس حتى يثبت أن له مال، كالمهر والكفالة. وذكر ابن شجاع: أن كل ما كان

---

١ «وهو ما لو ادعى على شخص ليس بحاضر معه بحق، وذكر أنه امتنع من الحضور معه أعطاه القاضي طينة أو خاتمًا وقال أره إياه وادعه إلي وأشهد عليه، فإن أراه ذلك وقال: لا أحضر، وشهد عند القاضي بذلك مستوران لا يسأل عنهما». قرة العين، ٧٩٨/٧.

٢ والمروي عن إسماعيل في غير هذا من الكتب: «أربعة من الشهود لا أسأل عنهم: شاهد رد الطينة وشاهد تعديل العلانية وشاهد الغريب وشاهد العدوي» انظر: البحر الرائق، ٦٨/٧.| لعله: «وهي ما لو سمى شخصًا بينه وبين المصر أكثر من يوم، وله عليه دعوى لا يرسل القاضي خلفه حتى يقيم بينة بالحق الذي عليه، ولا يشترط تعديلها». قرة العين، ٧٩٨/٧.

بدلًا عن مال أو التزمه بعقد لم يقبل قوله في الإعسار، وهذا كالأثمان والكفالة والمهر. وقال الخصاف: قال بعض أصحابنا: لا يحبس إذا قال: "إني معسر" حتى يثبت أن له مال، ويجوز أن يكون هذا قوله.

والأصل في ذلك أن الأصل في الإنسان الفقر، والغنى طارئ، فوجب استصحاب الأصل حتى يعلم حدوث ما يخالفه. وما كان بدلا عن مال فقد علم حدوث الغنى به فسقط حكم [١٧٦ر] الأصل، فوجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله؛ فلذلك لم يصدق في الإعسار وحبس. وأما في الكفالة والمهر على رواية الخصاف فليسا بدلا عن شيء حصل في يده، فبقي على أصل الفقر، فكان القول قوله.

وجه ما قاله ابن شجاع: أن هذه حقوق التزمها بعقد، فإذا ادعى الإعسار يريد إسقاطها عن نفسه فلم يقبل. وليس كذلك النفقة؛ لأنها ليست بدلا عن مال، ولا يوجبه العقد، فكان القول قوله في الفقر. وجه ما قاله الخصاف: أن الحبس عقوبة تستحق بالغنى، فلم يجز إثباته بالظاهر كسائر العقوبات.

[بينة المدعى عليه بالإفلاس قبل الحبس]

[٦٥٠.] مسألة قال هشام عن محمد في المدعى عليه إذا أقام البينة أنه مفلس قبل الحبس: لم تسمع بينته. وهو قول أبي حنيفة. قال محمد: وهذا إذا أشكل عليَّ أمرُه، فأما إذا لم يُشكِل سألت عنه ولم أحبسه. فيجوز أن يقال: إن هذا اتفاق، فمتى اشتبه الأمر وغلب على ظن القاضي أن الشهود يرجعون إلى ظاهر الحال لم تسمع شهادتهم حتى يستبين حاله وأمره بالحبس، وإن غلب على ظنه أنهم رجعوا إلى باطن حاله وأنه لا مال له فلا معنى للحبس بعد ذلك.

وإن حملنا المسألة على الخلاف:

فوجه قول أبي حنيفة: أن الإفلاس مما يسأل عنه القاضي سرًا فلا تسمع عليه البينة قبل المسألة، كالجرح. لمحمد: أن الإفلاس يوجب تأخير الحق كالتأجيل. ولأن ما جاز قبول البينة عليه بعد الحبس جاز قبله كالقضاء.

وقد ذكر في الأصل: أن القاضي يسأل عن المحبوس بعد شهرين أو ثلاثة. وذكر الحسن عن أبي حنيفة: ما بينه وبين أربعة أشهر إلى ستة أشهر.[١] وهذا ليس بخلاف في الحقيقة، وإنما هو على حسب ما يغلب على ظن القاضي من حال المحبوس وضجره، وإن كان ممن له مروءة فقليل الحبس يضجره، فالظاهر أنه لا مال [١٧٦ظ] له، وإن كان بخلاف ذلك فكثير الحبس لا يضجره فوجب الاستقصاء في أمره.

[القاضي يقضي بحق ثم يعزل، ثم يولَّى]

[٦٥١-] مسألة ذكر الخصاف عن أبي حنيفة في القاضي يقضي بحق ثم يعزل، ثم يولَّى، فقدم إليه المقضي عليه: لم يحكم بما كان حكم به، وإنما هو بمنزلة الشاهد. قال: وقال سائر أصحابنا: يقضي بذلك.

وهي فرع على حكم الحاكم بما علمه قبل القضاء، وقد بينا من أصل أبي حنيفة أنه: لا يجوز، فإذا عزل صار شاهدا في ذلك الحق، فإذا وَلِي فيريد أن يصحح من قوله ما كان لا يقبل فيلحقه فيه تهمة. ومن جوَّز الحكم بما علمه قبل القضاء يقول: إنه يحكم بالشهادة لوجود الظن، فبالعلم أولى.

---

١ انظر: عيون المسائل، ٢٢٠.

## [حكم قاضي الخوارج]

[٦٥٢.] مسألة قال الخصاف في قاضي الخوارج إذا حكم بالكتاب والسنة، ثم ظهر أهل العدل: أجازوا ما وافق الكتاب والسنة. وذكر أبو يوسف في جامع البرامكة: أن حكمه لا يجوز. وهو قول زفر.

وجه ما ذكره الخصاف: أن الخوارج إذا ظهروا على مصر صاروا في حكم السلطان، ولهذا لا يُثنَّى ما أخذوه من زكاة وخراج، ويصح إقامتهم للحدود، فصاروا كالسلطان. ولا يجوز اعتبار فسقهم؛ لأنه فسق بتأويل فلا يؤثر في الحكم، كما لا يؤثر في الشهادة. ولأنهم يتدينون به فلم تلحقهم تهمة.

لأبي يوسف: أن القاضي يملك الحكم بأحد أمرين: إما بولاية الإمام أو برضى المسلمين، ولم يوجد واحد منهما. ولأنه فاسق وحكم الفاسق لا يجوز. وليس كذلك الشهادة؛ لأن الفسق بالتدين لا يؤثر فيها، وإن كان يؤثر في الحكم كالكفر.

## [حكم الحاكم هل يستوي فيه الظاهر والباطن]

[٦٥٣.] مسألة ذكر الخصاف حكم الحاكم هل يستوي فيه الظاهر والباطن؟ وقد بيناها.[١] وفرّع عليها قال أبو حنيفة: في أمة أقامت البينة على مولاها أنه أقر "أنها بنته" بشهادة شهود زور، فجعلها القاضي بنته، فلا بأس بأكل الميراث. وقالا: لا يحل ذلك.

لأبي حنيفة: أن الحكم [١٧٧و] الذي يتعلق بالنسب من التوارث ينفذ فيه حكم الحاكم، كالقسمة بين الجد والأخ، فيحل للأخ، وإن كان لا يحل قبله، وإذا كان لحكمه تأثيرًا في هذا الباب نفذ ظاهرًا وباطنًا. ولأن من أصله: جواز ثبوت حكم النسب وإن لم يثبت، كالولد الواحد من اثنين.

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ١٧٧/٨، ١٧٨.

لهما: أن النسب يتعلق بالفراش، ولم يوجد، فصار كتصادقهم على ولد الزنا أو على نسب لا حقيقة له.

[قسمة ميراث ورثة وامرأة حامل]

[٦٥٤.] مسألة قال الخصاف فيمن مات وترك امرأةً حاملًا وورثةً، فطلبوا حقوقهم: قال أبو يوسف: يوقف نصيب ابن. وقال الحسن: ابنين. وعن محمد ثلاثة. وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة: أربعة.

وجملته: أنه لا ضرر على الورثة في تأخير القسمة، وفي قسمة جميع المال إضرار بالحمل، فوجب اعتبار الاحتياط: فاعتبر أبو حنيفة أربعة؛ لأنه قد يتفق وإن كان نادرًا، وقد حكى ابن المبارك أنه شاهد ذلك. وغلب على ظن محمد: أن الثلاثة هو أكثر ما يوجد. واعتبر أبو يوسف المعتاد من الولد الواحد. واعتبر الحسن: ابنين؛ لأن ذلك قد يتفق كما يتفق الواحد معتادًا.

[الحكم بكتاب قاض إلى قاض في عبد ووصفه]

[٦٥٥.] مسألة قال أبو حيفة ومحمد: إذا كتب قاض إلى قاض في عبد أو أمة فحلّاه ووصفه: لم يحكم به. وقال أبو يوسف: يحكم بذلك ويختم في رقبة العبد وينفذه إلى القاضي الكاتب.

لهما: أن الحلية قد يقع فيها اتفاق في جنس واحد حتى لا تتميز إلا بالمشاهدة، فلم تستحق يد المولى بالاحتمال. ولأن هذا لو كان سببًا في إزالة يد المولى لم يختلف حكم العبد والأمة، كالشهادة على المعاينة.

لأبي يوسف: أن الصفة يستحق بها إحضار العبد دون مالكه، وحكم الإحضار أخف؛ ألا ترى أن القصاص يحضر بمجرد الدعوى، وهذا أقوى من الدعوى. وليس

كذلك الأمة؛ لأنه لا يزيل [يد] المولى عنها احتياطا للفرج، ألا ترى أن [١٧٧ظ] المدعي يزعم أنها أمته فلا يؤمن أن يطأها.

## [الشهادة على كتاب القاضي]

[٦٥٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا شهدوا بكتاب القاضي سألهم المكتوب إليه هل قرأ عليكم الكتاب وختمه بحضرتكم؟ فإن قالوا: "نعم" قبل، وإلا لم يقبل. وقال أبو يوسف: يقبل.

أما اعتبار قراءته فعلى اختلافهم: أن الشهود شهدوا بما فيه، وقد بينا. وأما ختمه بحضرتهم بعد القراءة؛ فلأنه لا يؤمن أن يزاد فيه فلم يجز أن يشهدوا بالشك. وهذا إذا لم يحفظوا ما فيه، فإن حفظوه فلا معنى للختم. وعلى قول أبي يوسف: المعتبر بتسليم القاضي الكتاب إليهم مختومًا ولم يعتبر ما قبل ذلك.

وقد قال أبو حنيفة: إن كان عنوان الكتاب: "من فلان إلى فلان" أو "من فلان إلى أبي فلان" لم يقبله إلا أن يكون مشهورًا باسم أو كنية مثل أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يقبله.

لأبي حنيفة: أن عنوان الكتاب يثبت مع غيبة الكاتب، فوجب تمييزه بما يعرف به، كالشهادة على الغائب. لأبي يوسف: أن الشهود قد عرفوا الكتاب، فإذا قالوا: "قاضي بغداد" وليس بها إلا قاض واحد صار معلومًا فلا يحتاج إلى النسب.

وقد قال أبو يوسف في القاضي إذا قبل الكتاب بمحضر من الخصم، وشهدت به الشهود، وفضَّه وقرأه، ثم غاب المدعى عليه: حكم عليه. وقال محمد: لا يحكم، ولكن يكتب إلى قاضي بلد آخر.

وهذا فرع على اختلافهم: في غيبة المدعى عليه قبل الحكم بالشهادة، فعند أبي يوسف: لا يمنع ذلك الحكم، وسماع الكتاب يجري مجرى سماع البينة. وعلى أصل محمد: يعتبر حضور المدعى عليه عند تنفيذ الحكم، فكذلك في مسألتنا، إلا أنه يكتب له؛ لأن القاضي يجوز أن يكتب بالشهادة مع غيبة المدعى عليه، وكتاب القاضي كالبينة التي قامت عنده.

وذكر ابن شجاع في القاضي الكاتب إذا مات قبل أن يحكم [١٧٨و] المكتوب إليه: لم يحكم به في قول أبي حنيفة وزفر. وقال أبو يوسف: يحكم به. لهما: أن موت القاضي يوجب عزله، فلم يجز الحكم بقوله كما لو عزله الإمام. ولأن قول الأول بمنزلة الحكم؛ ولهذا يقبل وحده، فلم يجز أن ينفذ قوله وهو لا يملك الحكم. لأبي يوسف: أن قول الكاتب بمنزلة الشهادة، فصار كالشاهد إذا مات قبل الحكم بشهادته.

وقد قال أبو حنيفة وزفر: إذا انكسر ختم الكتاب لم يقبله. وقال أبو يوسف: يقبله. لهما: أن كسر الختم يوجب تهمة فيما شهد به الشهود؛ لجواز أن يكون زِيد فيه، فلم يقبل مع التهمة. وهذا إذا لم يحفظوا ما فيه. وأما على قول أبي يوسف: فقد وقعت الشهادة على الكتاب، وما فيه يعلم بالقراءة، فلم يؤثر كسر الختم.

وقد قال أبو حنيفة: لا يقبل القاضي الكتاب إلا بمحضر من الخصم. وقال أبو يوسف: يقبله قبل حضوره. لأبي حنيفة: أن قبول القاضي الكتاب كسماع الشهادة، فلم يجز إلا بمحضر من الخصم. قال أبو يوسف: الكتاب يختص بالمكتوب إليه، فكان له أن يقبله، ثم الحكم على الخصم يقع بما علمه من الكتاب، فاعتبر حضوره عند الحاكم.

***

# كتاب الشهادات

## [ما يقبل من الشهادة وما لا يقبل]

### [شهادة الأعمى]

[٦٥٧.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد وزفر: إذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمي: لم تقبل شهادته. وقال أبو يوسف: تقبل.[١]

لهما: أن حال الأداء آكد من حال التحمل؛ بدلالة جواز تحمل من لا تقبل شهادته، فإذا كان العمى يمنع من التحمل فلأن يمنع الأداء أولى وأحرى. ولأنه لا يخلو إما أن يشهد بالإشارة إلى المدعى عليه أو بالاسم، ولا يجوز أن يشهد بالإشارة؛ لأنه لا يعرف المشهود عليه بالاستدلال، فأشبه البصير إذا شهد من وراء الحائط. ولا يجوز أن يشهد على الاسم؛ لأن الشهادة [١٧٨ظ] على الاسم لا تصح مع حضور المدعى عليه، أصله: إذا كان الشاهد بصيرًا.

لأبي يوسف: أنه تحمل الشهادة وهو بصير ويؤديها على الاسم، فصار كمن شهد على ميت أو غائب. وقد ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة وزفر: جواز شهادة الأعمى في النسب؛ لأن ذلك مما يقع بالاستفاضة، ولا يحتاج فيه إلى نظر ومعاينة.

---

١ انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ٧٠؛ الأصل، ٤٧٦/١٠، ٤٧٧، ٥١١/١١؛ شرح مختصر الطحاوي، ٥٨/٨.

## [شهادة الكافر على المسلم]

[٦٥٨.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا اشترى الذمي عبدًا من مسلم، فشهد كافران أنه مسلم أو كافر: لم تقبل شهادتهما. وقال أبو يوسف: أقبلها على الكافر خاصة.[١]

لهما: أن شهادة الشهود بالملك تقتضي استحقاق ملك الأصل، وفي ذلك إضرار بالبائع المسلم، فلم تقبل فيه شهادة الكافر، كما لو شهد عليه. ولأنه لا يخلو إما أن يحكم باستحقاق الملك على المشتري وللبائع، أو على المشتري خاصة، فإن قضى عليهما كان قضاء بشهادة كافر على مسلم، وإن قضى على الكافر خاصة فقد قضى بخلاف موجب الشهادة؛ ألا ترى أنها تقتضي ملك الأصل، والقاضي لا يجوز أن يحكم بغير مقتضى الشهادة. ولا يلزم على هذا: شهادة رجل وامرأتين في السرقة؛ لأنها تتضمن حصول المال في يده وإثبات فعل يتعلق به القطع، فإن حكم بحصول المال في يده من غير فعل لم يبطل موجب الشهادة؛ لأن القضاء بالرد لا يقف على فعل، كالثوب الذي ألقته الريح في داره.

لأبي يوسف: أن هذه البينة تتضمن معنيين: أحدهما فيه ضرر على المسلم، والآخر على الكافر، فتقبل في حق الكافر ولا تقبل في حق المسلم، كما لو شهدا عليهما بدينين.

## [الشهادة بالولاء]

[٦٥٩.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: لا تجوز الشهادة بالولاء إلا أن يسمعا العتق. هكذا ذكره في الأصل، وفي رواية أبي حفص، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم

---

١ انظر: الأصل، ٨/ ٥١٧، ٥١٨.

رجع وقال: إذا شهدوا على [١٧٩و] ولاء مشهور فهو كشهادتهم على النسب، وإن لم يسمعوا ذلك.

وذكر ابن سماعة عن محمد قال أبو حنيفة: لا تجوز الشهادة بالسماع إلا على أربعة أشياء: الموت، والنسب، والنكاح، والقاضي يكون قاضيًا بمصر فرآه رجل وسمع الناسَ يقولون ذلك: فيسعه أن يشهد على كتابه على قاض آخر. وقال أبو يوسف: أجيز الشهادة بالسماع على العتق في مثل موالي أبي جعفر صاحب المعلى، ولم يشهد عتق أبي جعفر. قال الطحاوي: وقول محمد مثل قول أبي حنيفة. وذكر ابن رستم عن محمد مثل قول أبي يوسف. وقد بينا هذه المسألة.[1]

## [الشهادة على الميراث]

[٦٦٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا شهد شاهدان أنهم "لا يعلمون أن لفلان وارثًا في أرض كذا" أجزتُ شهادتهما، وقضيتُ بالملك للمشهود له. وقالا: لا تقبل حتى يُبهِموا فيقولوا: "لا نعلم له وارثًا غيره".[2]

لأبي حنيفة: ما روي في قصة أبي لُبابة أن رسول الله صلى الله عليه قال في رجل مات فيهم: «هل تعلمون له نسبًا فيكم؟» فقالوا: "لا، إنه كان أتيًا"[3] فاعتبر عدم وارثه في موضعه دون غيره. ولأن الشهودَ الظاهرُ منهم العدالةُ، فلو كانوا يعرفون وارثا في موضع آخر لم يسكتوا عنه ليلبسوا على القاضي، فعُلِم أنهم لا يعرفون له وارثا، وإنما خصَّ النفي ببلده؛ لأن من لا يَعرِفُ له وارثًا في موضعه ففي غيره أولى.

---

١ انظر: الأصل، ١١/٥٢٧؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣/٣٧٧.

٢ انظر: الأصل، ١١/٥٢٨؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣/٣٥١.

٣ انظر: سنن الدارمي، ٤/١٩٧٩ (٣١٠٢).

لهما: أن القاضي يلزمه التَّلَوُّم؛ لجواز أن يكون للميت وارث آخر، وهذه الشهادة تُسقِط التَّلَوُّمَ في هذا البلد، فبقي حكم ما سواه على أصله.

## [تعديل المشهود عليه الشهودَ]

[٦٦١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا عدَّل المشهود عليه الشهودَ لم [يأخذ][١] القاضي بذلك على قياس قول من يسأل عن الشهود. قال الخصاف: وقال عن أبي حنيفة يقتصر على ذلك. وعن أبي يوسف في الإملاء مثل قول أبي حنيفة.

والوجه فيه: أن [١٧٩ظ] المسألة عن العدالة إما أن تكون: لحق المدعى عليه، أو لحق الله تعالى، أو لحق الحاكم حتى لا يقضي بشهادة الفساق. ولا يجوز أن تكون لحق المشهود عليه؛ لأنه لو كان كذلك لوقف على مطالبته كسائر حقوقه، فبقي أن يكون لحق الله تعالى أو لحق الحاكم، وأيُّهما كان لم يسقط برضى المحكوم عليه. ولأن من لا يجوز الحكم بشهادته إذا لم يرض المشهود عليه لا يجوز وإن رضي كالفاسق.

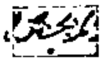
وجه ما ذكره الخصاف: أن المشهود عليه متى عدله فذلك آكد من تعديل الأجنبي؛ لأنه علم الطعن فيه، فإذا قبل تعديل الواحد الأجنبي، فالمشهود عليه أولى.

## [الشهادة بالعقار]

[٦٦٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا شهدوا بدار ولم يحدوها: لم تقبل شهادتهم. وقالا: إذا كانت الدار معروفة مشهورة جاز ذلك، كدار الصيارفة بالكوفة ودار القطن ببغداد.

لأبي حنيفة: أن الدار المشهورة يمكن أن يزاد فيها وينقص منها، والاسم مستعمل

---

١ وفي المخطوط: يجيز، وصورته في المخطوط: ، ولعل الصواب ما أثبت.

على وجه واحد، فصارت الشهادة واقعة بالمجهول. وليس كذلك الرجل المشهور باسم؛ لأن المقصود أن يتميز الشخص، وهذا المعنى يحصل متى اشتهر باسمه، والمقصود بالدار حصول جميعها، وهذا يختلف وإن تميزت بالاسم.

لهما: أن الحدود في العقار كالاسم والنسب، فإذا كان المشهور باسمه كالطالع والقادر لا يحتاج إلى ذكر نسبه، كذلك العقار باسمه.

وأما الدار المجهولة فقد قال أبو حنيفة: إذا ذكروا ثلاث حدود وسكتوا عن الرابع جاز. وحكي عنهما: أنه لا يجوز.

لأبي حنيفة: أن الحدود كالنسب، فإذا اكتفي في النسب باسم الإنسان واسم أبيه واسم جده فكذلك في الحدود يكتفى بثلاثة حدود. ولأن المقصود من التحديد معرفة مقدارها وهذا يحصل بثلاثة؛ ألا ترى أن الطول يعلم بالحدّين ويصير العرض معلومًا بالثالث. ولأن الدار قد تكون ذات ثلاث حدود بأن تكون [١٨٠و] مثلثة فيحصل التعريف، ومتى كان ذلك تعريفا لبعض الدور كان تعريفا لجميعها.

لهما: أن التعريف لا يقع بالثلاث؛ لجواز أن يزاد في الرابع وينقص منه. ولأن العادة أنهم يذكرون الحدود الأربعة، فلو اقتصر على ما دونها لم يحتاجوا إلى ذكر الرابع.

## [شهادة الزور]

[٦٦٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا اعترف الشهود أنهم شهدوا بباطل لم يعزروا. وقالا: يعزرون. وقد مضت هذه المسألة.[١]

---

١ انظر المسألة رقم: ٢٠٣.

## [اختلاف قول الشهود]

[٦٦٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين لا تقبل. وقالا: تقبل. وقد مضت أيضًا.

## [اختلاف الشهود في المهر]

[٦٦٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ادعت امرأة نكاحًا، فشهد لها شاهد أنه تزوجها بألف، والآخر بألف وخمسمئة: قلبت شهادتهما، وقضي بالنكاح بألف استحسانًا. وقالا: لا تصح هذه الشهادة، ولا يقضى بالنكاح.[1]

لأبي حنيفة: أن صحة النكاح لا تقف على التسمية، فصار المهر كالدين المنفرد عن العقد، فلم يكن [الاختلاف][2] فيه اختلافًا في العقد، وإنما هو اختلاف في دين، فصار كشهادة مبتدأة بألف وألف وخمسمئة. وليس كذلك البيع؛ لأن صحته تفتقر إلى البدل؛ ألا ترى أنه لو لم يذكر لم يصح، فصار كجزء من العقد، فالاختلاف فيه اختلاف في العقد، فيمنع من صحة الشهادة. لهما: أن العقد الذي سمي فيه ألفا غير العقد الذي سمي فيه ألفين، فصار كالبيع.

وقد قال أصحابنا: إذا ادعى العبدُ العتقَ بعوض فشهد له شاهد بألف، وشاهد آخر بألف وخمسمئة لم يحكم بالعتق، وكذلك الخلع تدعيه المرأة، والصلح يدعيه القاتل. والوجه فيه: أنا نحتاج إلى إثبات العقد بهذه البينة، واختلاف الشهادة يمنع صحة العقد كالبيع، وهذا هو القياس في النكاح، وإنما استحسن أبو حنيفة لما ذكرنا.

---

١ انظر: الأصل، ١١/٥٥٢؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/١٥٣.

٢ في المخطوط: اختلافًا، ولعل الصواب ما أثبت.

## [اختلاف الشهود في القرض]

[٦٦٦.] مسألة المشهور عن أصحابنا أن أحد الشاهدين إذا شهد بالقرض، والآخر بالقرض [١٨٠ظ] والقضاء: قبلت الشهادة وقضي بالدين. وعن أبي يوسف: أن شهادة من ذَكر القضاء لا تقبل. وذكر ابن شجاع عن أبي يوسف مثل الأول. وعن زفر: أن شهادة من شهد بالقضاء باطلة. وروى الحسن عن أبي يوسف: إذا شهد أحدهما بألف، والآخر بألف وأنه قضاه خمسمئة، فإنه يقضى بخمسمئة.[١]

لهم: أن الشهادة على القرض شهادة صحيحة، والشهادة بالقضاء شهادة مبتدأة انفرد بها أحد الشاهدين، فوجب القضاء بما اتفقا عليه، كما لو شهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمسمئة.

لأبي يوسف: أن الذي يشهد بالقضاء في مضمون شهادته أن لا دين فلم يجز إثبات الدين بشهادته.

وحكي عن زفر: أنه احتج في هذه المسألة بأن المشهود له أكذب شاهدَ القضاء فلم تقبل شهادته له، كما لو اعترف بفسقه، وكما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمئة، والمدعي يدعي ألفًا. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الشهادة بالقضاء غير الشهادة بالدين، وإكذابه في أحد الشاهدين لا يكون إكذابًا في الآخر، كما لو شهد شاهدان لرجل بألف، وشهدا عليه بدين، فأكذبهما فيما شهدا عليه: لم يمنع قبول شهادتهما له. وليس كذلك ألف وألف وخمسمئة؛ لأنها شهادة واحدة، فالإكذاب في بعضها يمنع من صحتها، وليس إكذاب المشهود عليه كاعترافه بفسق الشاهد؛ لأن جحود ما شهدا به لا يتضمن الفسق؛ لجواز أن يشهدا وهما غالطان أو هما ناسيان.

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٨/١٥٥، ١٥٦؛ الجامع الصغير، ٣٩١.

## [تعارض بينتي البيع والرهن]

[٦٦٧.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا كانت الدار في يد رجل فأقام البينة أنه باعها من فلان في رمضان بألف، وأقام فلان البينة أنه ارتهنها من الذي هي في يده في شوال بخمسمئة: فالبيع جائز، ويقضى له بخمسمئة من الثمن. وقال محمد: أقضي بالرهن ولا أقضي بالبيع.[١]

لهما: أن البينة بالبيع تقتضي انتقال الملك [١٨١و] إلى المشتري، والرهن بعد ذلك لا يتعلق به حكم؛ بدلالة أن البائع والمشتري لو اتفقا أن يجعلا المبيع رهنًا عند المشتري لم يتعلق بذلك حكم، ولم يبطل البيع. وكذلك إذا قامت البينة على ذلك، وليس هذا كالبيع إذا طرأ على البيع؛ لأن المشتري متى اشترى المبيع من البائع ثانيًا كان ذلك نقضًا للبيع، فجرى مجرى الإقالة.

لمحمد: أن إقامة الخارج البينة أنه ارتهنها اعتراف لصاحب اليد بالملك، ومتى اعترف المشتري بعد البيع أن الملك للبائع صح اعترافه، فلم تقبل البينة بالملك له مع تكذيبه للشهود.

## [شهادة القاسم]

[٦٦٨.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: تقبل شهادة القاسمين. وقال محمد: لا تقبل.[٢]

لهما: أن القاسم قائم مقام الحاكم فيما يلزمه [من] الخصومة، فجازت شهادته كما يقبل قول الحاكم. ولأن الشهادة لا تقع بالذرع وإنما تقع بالتمييز، وذلك لا يقع بفعله وإنما يقع بخروج القرعة، فصارت كشهادته بغير فعله.

---

١ انظر: الأصل، ١١/٥٣٨.

٢ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٨/٥٠.

لمحمد: أن القسمة فعله، وشهادة الإنسان بفعله ليس بشهادة، وإنما هو إقرار. وقد ذكر الطحاوي: أن القسمة متى كانت بأجر فلا خلاف أن [شهادته][١] لا تقبل.[٢]

## [تعارض الشهادة في اليوم]

[٦٦٩.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا شهد شاهدان أنه أقر "بألف درهم يوم الجمعة لفلان"، وشهد آخر أنه أقر: "بألف يوم السبت"، والمقر له يدعي "ألفين" فهما ألفان. وقال زفر: ألف واحدة.[٣]

أما أبو حنيفة فبنى على أصله: أن الإقرار إذا وقع في مجلسين لم يدخل بعضه في بعض، فصار كل واحدة منهما شاهدًا بغير ما شهد به الآخر. وأما أبو يوسف: وإن كان من أصله أن اختلاف الأيام لا يوجب اختلاف الإقرار [إلا][٤] أنه جعل شهادة الفريقين دلالة على أن أحد المالكين غير [١٨١ظ] الآخر فصار كالصَّكَّين. وأما زفر فقال: هذه الشهادة لما احتملت وجهين لم يجز لنا إثبات مالين بالشك.

## [شهادة أهل الذمة]

[٦٧٠.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر والحسن في نصراني في يده ثوب ادعاه مسلم ونصراني، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له، وإحدى البينتين [شهادة] نصارى: لم يقض بها. وقال أبو يوسف: يقضى بها، ويكون الثوب بينهما.[٥]

---

١ في مخطوط: شهادتهما، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ انظر: مختصر الطحاوي، ٣٣١.

٣ انظر: الأصل، ١١/ ٥٤٨؛ مختصر اختلاف العلماء، ٤/٢١٤.

٤ في مخطوط: لا، ولعل الصواب ما أثبت.

٥ انظر: الأصل، ١١/٥١٨.

لهم: أن البينتين متى قامتا بالملك لاثنين يقضي القاضي به بينهما، فكل واحد منهما مقضي عليه في نصف الثوب؛ بدلالة أنه لو أقام بعد ذلك أنه له لم تقبل، وشهادة النصارى لا تقبل على المسلم في استحقاق الملك.

لأبي يوسف: أن الاستحقاق يقع على صاحب اليد وهو نصراني، والشهادة متى وقعت على نصراني قبلت من النصارى وإن أضرَّ ذلك بمسلم، كالعبد المأذون إذا كان نصرانيًا ومولاه مسلم فشهد عليه شهود من النصارى بحق.

[الشهادة في الدين: بينة المقضي عليه في البناء]

[٦٧١.] مسألة قال محمد في الأصل: إذا قضى القاضي على رجل بدار في يده ببينة قامت على ذلك، ثم إن المقضي عليه أقام البينة على بناء بها: قضي له بالبناء، إلا أن يكون شهود الأول شهدوا أن الدار له ببنائها. وقال أبو يوسف: لا تقبل بينة المقضي عليه في البناء.[١]

لأبي يوسف: أن الدار عبارة عن العرصة والبناء، ولهذا يقضى بذلك للمدعي وإن لم يفسره الشهود، ومتى حكم الحاكم بالبناء لم يجز سماع بينة المشهود عليه من الوجه الذي تصرف. لمحمد: أن الدار عبارة عن العرصة، والبناء لم يذكروه في الشهادة، فمتى أقام عليه البينة أمكن الجمع بين البينتين، فكان أولى من إسقاط إحداهما.

[الشهادة بالملك]

[٦٧٢.] مسألة قال في الأصل: إذا شهد الشهود بالملك جاز، وإن لم يقولوا: "لا نعلم ذلك خرج من ملكه". ولا يستحلف المدعي على ذلك. قال الطحاوي: قياس قول أبي يوسف أن يلزم الشهود أن يقولوا: "لا نعلم أنه باع [١٨٢و] ولا وهب".[٢]

---

١ انظر: الأصل، ١١/ ١٥٥٦؛ مختصر اختلاف العلماء، ٤/ ٤٠٨.

٢ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٤/ ٢٢٦، ٢٢٧.

وجه ما ذكره في الأصل: أن الشهود لا تلحقهم تهمة فيما يشهدون به. وقولهم: "إن الدار له" يتضمن أنهم لا يعلمونه باعها؛ ألا ترى أنهم لو علموا ذلك لم يجز أن يشهدوا بالملك، فصار كأنهم قالوا: "لا نعلمها خرجت من ملكه".

وأما الطحاوي فقال: قال أبو يوسف: إن العيب إذا ثبت استحلف المشتري "ما رَضِيَ ولا عَرَضَ عليّ بيع"، فعلى هذا يجب أن يقول الشهود: "لا نعلمه خرج من ملكه". وهذا قياس ليس بصحيح؛ لأن العيب إذا ثبت جاز أن يكون أبرأ منه، فلهذا جمع بين الأمرين، والشهادة بالملك لا يجوز أن يكون الشهود علموا معها بزوال الملك فلم يُكلَّفوا ذكر ذلك.

## [الشهادة في الدين: "ما كان لك عليّ شيء قط"]

[٦٧٣.] مسألة قال في الأصل: إذا ادعى رجل مالًا، فقال المدعى عليه: "ما كان لك عليّ شيءٌ قطُّ ولا أعرفك" فأقام عليه البينة بألف، وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاها: لم تقبل. ولو كان قال: "ما كان لك عليّ شيءٌ قطُّ" ولم يقل: "لا أعرفك"، ثم أقام البينة على القضاء: قُبِلت. قال الطحاوي: قال ابن أبي عمران: القياس أن تقبل منه في الوجهين؛ لجواز أن يكون قد وجب عليه الحق بواسطة بينهما، فقضاه من غير رؤية. وقال ابن أبي عمران: وقد كان غير واحد من أهل النظر من متأخري أصحابنا يذهبون إلى هذا القول.[١]

وجه ما ذكره في الأصل أن قوله: "قضَيتُك" يقتضي التمليك منه، فلا يخلو أن يكون قضاه بنفسه أو بوكيل بينهما أو رسول، فإن كان قضاه بنفسه فيستحيل أن يكون لا يعرفه، وإن كان بينهما وكيل فالموكل ليس بقاض على أصلنا: أن حقوق التمليك تتعلق بالعاقد. وإن كان الواسط[ة] رسولا فلا بد أن يكون المرسِل أسماه له فيكون

١ مختصر اختلاف العلماء، ٢٣٧/٤، ٢٣٨. وانظر: الأصل، ١٠/ ٤٧٨؛ نوادر المعلى، ٢و.

قد عرفه، فلما قال: "لا أعرفك" ثم قال: "قضيتك" صار مكذِّبًا للبينة: فلا تقبل. وليس كذلك [١٨٢ظ] إذا قال: "ما كان لك عليَّ شيء قط"، ثم ادعى القضاء؛ لأنه يمكن الجمع بين البينتين بأن يكون صالَحه على الإنكار فأعطاه، ولا شيء له عليه، وإذا أمكن الجمع بين البينة والدعوى جاز.

[اختلاف شهود البيع والطلاق في الأيام]

[٦٧٤.] مسألة قال أصحابنا: إذا اختلف شهود البيع والطلاق في الأيام جازت الشهادة. وقال زفر: لا يجوز.

لنا: أن البيع والطلاق قول، والأقوال مما تُعاد وتُكرَّر فلم يُحصِّل ذلك اختلافًا في الشهادة كالإقرار. ولأن صورة البيع أكثر فصار إيجاب البيع والإقرار به سواء. لزفر: أن حكاية البيع ليس ببيع؛ بدلالة أن أحدهما نفس العقد والآخر حكاية العقد، فصار ما شهد به كل واحد منهما غير ما شهد به الآخر.

[الشهادة على شهادة حاضر في المصر]

[٦٧٥.] مسألة قال أبو حنيفة: لا تقبل الشهادة على شهادة حاضر في المصر إلا أن يكون مريضًا. وقالا: تقبل.[1]

لأبي حنيفة: أن القياس ينفي قبول الشهادة على الشهادة؛ لأنها ليست بحق عليه تتعلق به المطالبة، والإشهادُ إنما يصح على ما تتعلق به المطالبة. ولأن إقامة الشهادة عبادة فلا يصح الإشهاد عليها، كما لو أشهد على نفسه بالصلاة؛ وإذا كان القياس ما ذكرناه لم يجز قبوله إلا في موضع الاتفاق. ولأنه قائم مقام الغير فلا يجوز في غير حال العذر كالمسح على [الجبيرة][2] والتيمم.

---

١ انظر: الجامع الصغير، ٣٩٢؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣/٣٦٣.

٢ في المخطوط: الخفين؛ ولعل الصواب ما أثبت.

لهما: أن شهود الفرع ينقلون شهادة شهود الأصل، فكأنهم حضروا. ولأنهم لما نقلوا قولهم صار كنقل إقرارهم.

## [الشهادة على الجرح]

[٦٧٦.] مسألة قال أصحابنا: إذا أقام المشهود عليه البينة أن الشهود فساق أو مستأجَرون: لم يلتفت إلى ذلك، وسأل عنهم في السر، ويزكيهم في العلانية، ثم يحكم بشهادتهم. وقال الطحاوي: كان ابن أبي ليلى يقبل الشهادة على الجرح، وعلى أنهم مستأجَرون أو شهود زور. وعن أبي يوسف مثله.[1]

وجه قولهم المشهور: أن العادة جارية في سائر الأعصار بالمسألة عن [١٨٣و] الشهود سرًا، فلو جازت الشهادة عليه لم يقتصر[2] على المسألة كالديون. ولأن حق المشهود عليه أن لا تقبل عليه شهادة فاسق، وهذا المعنى يحصل بالمسألة، فأما هتك الشاهد وإظهار عورته فمما أُمِرنا بالستر فيه، فلا حق له فيه، فلم يجز فعله. ولأن الوقوف على العدالة والجرح سرًا أبلغ، فكان الرجوع إليه أولى. ولأنهم إذا شهدوا بالإجارة اعتبر حضور المدعي، كسائر الإجارات. ولا يلزم على هذا: إذا شهدوا أن الشاهد أقر أنه شريك في المال؛ لأن الشركة في الأموال يحكم به الحكام وتسمع عليها الشهادة. وكذلك إذا شهدوا أن قاضي كذا حدَّه؛ لأن حكم الحاكم يجوز نقله بالشهادات. وكذلك إذا شهدوا أنه أقر أنه كان وكيلًا في هذا الحق فخاصم؛ لأن الوكالة يجوز إثباتها بالبينات فلذلك قبل.

لأبي يوسف: أن القاضي بعد تزكية السر يرجع إلى تزكية العلانية، فدل على جواز إظهار هذا المعنى، فجاز ذلك ابتداء.

---

١ انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ٦٨؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣٦٧/٣.

٢ وصورته في المخطوط: 

## [البينة لحاضر وغائب في الدين]

[٦٧٧.] مسألة قال أبو حنيفة في رجل أقام البينة أن له ولفلان الغائب على هذا ألف درهم ثمن متاع: قضي للحاضر بنصيبه. فإن قَدِمَ الغائب قيل له: "أَعِدْ البينةَ". وقال أبو يوسف: لا يلزمه ذلك.

لأبي حنيفة: أن أحد الشريكين في الدين ليس بخصم عن صاحبه ولا قائم مقامه، فلم يجز القضاء له من غير حضوره، ولا حضور من ينوب عنه. كرجل ادعى أن هذه الدار له ولفلان الغائب. وليس كذلك أحد الوارثين إذا ادعى دينا؛ لأن كل واحد من الورثة خصم عن الميت فيما يُدَّعى له، وعليه فصار القضاء واقعًا للميت بجميع الحق فلم يحتج الغائب إلى أن يعيد البينة.

لأبي يوسف: أن الدين متى كان مشتركًا فحق الشريك ثابت في كل جزء؛ ألا ترى أن أحدهما لو قبض نصيبه كان للآخر مشاركته، فصار كل واحد من الشريكين [١٨٣ظ] خصمًا في الجميع لتعلُّق حقه به، كما صار الكفيل خصمًا عن المكفول عنه، فيكون أحد المالين هو الآخر. وهذا ليس بصحيح؛ لأن القضاء بأحد النصيبين في الدين غير موقوف على نصيب الآخر؛ لجواز أن ينفرد أحدهما ويكذب الآخر أو يبرئ، وإذا لم يقف أحدهما على الآخر جاز أن يقضى بنصيب الحاضر.

وقد قالوا على قياس قول أبي حنيفة: إذا شهد شاهدان أنه قال: "إن دخلت هذه الدار فكل مملوك لي حر" وأنه دخلها، وحضر مملوك فقضي بعتقه، ثم حضر مملوك آخر كان في ملكه يوم دخل الدار، فجحد المولى الحلف: إنه لا يحكم بعتقه حتى يعيد الشهادة؛ لأن كل واحد من العبيد ليس بخصم عن الآخر، ولا قائم مقامه، وعتق أحد العبدين غير متعلق بالآخر، فلم يجز القضاء في حق الغائب. وقال أبو يوسف: لا تعاد البينة؛ لأنا قد حكمنا باليمين بحضور خصم يدعيها، فصار العتق حقًّا لله تعالى، فالقضاء به على كل الناس.

وعلى هذا قال أبو حنيفة: إن رجع الشهود ثم جاء عبد يدعي العتق: لم يحكم بعتقه على أصله: أن عتقه يفتقر إلى إعادة الشهادة، وقد رجع الشهود عنها، فلا يصح الحكم بشهادتهم. وأما في قول أبي يوسف: فالحكم قد تمَّ، فرجوع الشهود بعد ذلك لا يؤثر.

[الشهادة بالنسب]

[٦٧٨.] مسألة قال في الأصل: إذا سمع من واحد أن "فلانًا ابنُ فلانٍ" جاز أن يشهد بالنسب. وذكر بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يشهد بالنسب حتى يسمع من جماعة. وروى بشر عن أبي يوسف قال: لا يسعه حتى يسمع من عدلين. قال الخصاف: لا يشهد حتى يسمع ذلك من العامة ويظهر، فإذا تشايعت الأخبار من الناس على غير التواطؤ ووقع في قلبه تصديق ذلك: وسعه أن يشهد. وعن محمد مثل قول أبي يوسف. وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الموت [١٨٤و] يشهد به عندك واحد: جاز لك أن تشهد به. قال أبو حنيفة: ولو سمعت رجلًا يقول: إن "فلان ابنُ فلان" لم يسعك أن تشهد بنسبه حتى تسمع من العامة، وإن طال مقامه معك فحدُّه أن تقع المعرفة في قلبك، وأن يقيم معك سنة، وإن وقعت معرفته قبل السنة لم تشهد.[١]

لأبي حنيفة: أن ما يشهد به الإنسان إما أن يعلمه قطعًا أو يشهد به على شهادة غيره، وفي مسألتنا لا يشهد على شهادة غيره، فاعتبر أن يقع له العلم بما يشهد به كالشهادة بالبيع. وما ذكره في الأصل: أن ما جاز نقله بالإخبار من غير ذكر الشهادة فلا يعتبر فيه عدد، مثل الإخبار عن رسول الله صلى الله عليه.

وأما أبو يوسف فقال: إن شهادة العدلين يتعلق بها حكم؛ بدلالة أن الحاكم يجوز

---

١ انظر: الأصل، ١١/٥٢٦.

أن يرجع إليها، فجاز له الشهادة لأجل قولهما. ولما كان الواحد لا يقبل الحاكم قوله لم يجز أن يرجع في شهادته إليه.

[إعادة الغرماء والموصى لهم الشهادة]

[٦٧٩.] مسألة قال الخصاف في [الوصي][1] إذا أثبت الوصية وفيها إقرار من الميت بالديون أو الوصايا، فكلَّما حضر واحد من الغرماء أو الموصى لهم قيل له: "أَعِد البينةَ"، إلا ما كان من أبواب البر فإن القاضي ينفذ ذلك. وقال أبو يوسف: لا أكلف أحدًا منهم إعادة الشهود، وكلَّما حضر واحد منهم قضيت له بحقه.

لأبي حنيفة: أن بعض الغرماء ليس بخصم عن بعض، وكذلك أصحاب الوصايا، وصحة الحكم لأحدهم لا تقف على الحكم الثاني، فلم يجز الحكم للغائب من غير حضوره أو حضور من يقوم مقامه. وليس كذلك ما كان حقًا لله تعالى؛ لأن القاضي هو الخصم فيه وهو حاضر، فجاز حكمه في ذلك، ولم يعتبر حضور خصم آخر.

وأبو يوسف يقول: إن الواحد من هؤلاء خصم فيما يدعيه على الميت، والوصي قائم مقامه، فصار القضاء بصحة الوصية في حق الواحد قضاء في حق الجميع؛ لامتناع أن يقضى ببعض الوصية دون بعض. [١٨٤ظ]

[الشهادة باليد]

[٦٨٠.] مسألة قال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: إذا رأيتُ شيئًا في يد رجل سوى العبد والأمة وسعني أن أشهد بذلك له.[2] وقال أبو يوسف: لا تشهد على ذلك حتى تقع معرفته في قلبك. وذكر الخصاف عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: إذا

---

١ في المخطوط: الموصي، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ الجامع الصغير، ٣٩٠.

كانت الدار أو الدابة أو العبد في يد رجل وسعك أن تشهد أن "ذلك له وفي ملكه" وإن لم تكن رأيته قبل ذلك.

وكان أصحابنا يقولون: يعتبر اليد والتصرف، أما اعتبار اليد فلأن الظاهر فيما كان في يد الإنسان أنه ملكه، كما أن الظاهر فيما اشتراه أو ورثه أنه ملكه، والمرجع في الأملاك إلى الظاهر، فإذا حصل ذلك جاز أن يشهد.

وفرَّق في الجامع بين العبد وغيره، وهذا صحيح؛ لأن العبد الكبير لا يد عليه وإنما هو في يد نفسه إلا أن يكون معروفا بالرق فهو كالثوب. وقد سوَّى في رواية الخصاف بين الدابة والعبد، وهو محمول على عبد صغير لا يد له في نفسه أو معروف بالرق. وما ذكره أصحابنا المتأخرون: أن التصرف هو الذي يدل على الملك، وأما الإمساك فقد يكون له ولغيره فلا يجوز أن يجعل ذلك سببًا في إثبات الملك. فاعتبر أبو يوسف: غلبة الظن، ويجب أن يكون ذلك قول الجميع؛ لأن ظهور اليد يجوز أن يدل على الملك، وعلى غيره، فمتى استدل به على غيره لم يجز أن يشهد [به].

## [الشهادة عند الحاكم كيف تكون]

[٦٨١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قال شهود الفرع: "نشهد أن فلانًا قال: إني أشهد على إقرار فلان بكذا" لم يصح حتى يقولا: "نشهد أنه أشهدنا على شهادته أنه يشهد بكذا وقال لنا: اشهدوا على شهادتي". وقال أبو يوسف: كل ذلك جائز.[١]

لأبي حنيفة أن قولهما: "اشهدا أنا نشهد على إقرار فلان" يحتمل "اشهدا بمثل شهادتنا" فيكون أمرًا بالكذب، ويحتمل "اشهدا على شهادتنا" فيكون تحميلًا، فلم يجز لنا إثبات التحمل بالاحتمال. ولأن الشهادة تسقط بالشبهة كالحدود. ولأن التصريح [١٨٥و] معتبر فيها.

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٣/٤٧١.

لأبي يوسف: أن قوله: "اشهدا أني أشهد" محمول على الصحة، وأنه لا يأمر بالكذب، فوجب حمله على ذلك.

[تعديل شهود الفرع شهودَ الأصل]

[٦٨٢.] مسألة قال أبو يوسف: إذا شهد شهود الفرع ولم يعدّلوا شهود الأصل: جازت شهادتهم، وسأل القاضي عنهم. وقال محمد: إذا لم يعدلاه فكأنهما لم يعرفاه، فلا يلتفت إلى شهادتهم.

لأبي يوسف: أن شهود الفرع يلزمهم النقل ولا يلزمهم التعديل؛ لأن ذلك يخفى عليهم، فوجب أن يرجع فيه إلى القاضي، كما يرجع في تعديل شهود الفرع. ولأنهم نقلوا قولهم فكأنهم حضروا وشهدوا، وسأل القاضي عنهم. لمحمد: أن نقلهم الشهادة يفتقر إلى أن يعلموا أنها شهادة، وذلك لا يكون إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها لم يصح، كما لو شهدوا على من لا يعرفون عقله.

[اختلاف شهود الزنا]

[٦٨٣.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا شهد اثنان أنه زنى بها يوم الجمعة، واثنان أنه زنى بها يوم السبت درئ الحد عنهم جميعًا. وقال زفر: يُحَدُّ الشهود. وقد بيناها في الحدود.[١]

وعن زفر أنه قال: لو شهد أحد الفريقين أن المرأة "كان عليها ثياب حمر"، وقال الفريق الآخر: "صفر" حُدَّ الشهود. وهذا ليس بصحيح؛ لأن اختلاف ألوان الثياب لا يوجب اختلاف الفعل؛ لجواز أن يكون عليها الثوبان، فيظهر لأحدهما لون وللآخر لون آخر، وإذا لم يثبت به الاختلاف لم يجز أن يحد الشهود بالشك. وكذلك لو قال

---

١ راجع المسألة رقم: ٣٤٢.

أحد الفريقين: كانت بيضاء، وقال الفريق الآخر: كانت سمراء لم يؤثر ذلك؛ لجواز أن يقرّب أحدهما لونَها إلى البياض والآخر إلى السُّمرة.

لزفر: أن اختلاف ألوان الثياب في الظاهر يدل على اختلاف الأحوال، فيصير المشهود به في إحدى الحالتين غير المشهود به في الأخرى، فصار بمنزلة اختلاف الأماكن والبلدان.

## [الشهادة بالدين والوصية]

[٦٨٤.] مسألة قال في كتاب الوصايا: إذا شهد شاهدان لرجلين على الميت بدين، وشهد الرجلان للشاهدين على الميت بدين: جاز في قول [١٨٥ظ] أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: شهادتهم باطلة، ولو كان ذلك في وصية بالثلث أو السدس، أو عبد بعينه: فشهادتهم باطلة. وذكر في الجامع الصغير عن أبي حنيفة في الشهادة بالوصية: أنها باطلة. وروى بشر في الإملاء عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الشهادة بالدين باطلة. وروى الحسن عن أبي حنيفة في الدين: إن جاؤوا جميعا فالشهادة باطلة، وإن شهد الفريق الأول فقضي بشهادتهم ثم شهد الآخر جاز. وقال بشر عن أبي يوسف: إنه قال: الوصية بالثلث والسدس والدراهم المرسلة كالدين لا تجوز الشهادة. والوصية لكل فريق بعين تجوز الشهادة.[١]

وجه الرواية التي جوز فيها الشهادة بالدين: فلأن موجبها ثبوتها في الذمة، وذلك لا يقتضي الاشتراك، وإنما يستوفى من التركة من طريق الحكم لا بالشهادة، وإذا لم تتضمن الشهادة الاشتراك في المشهود به صار كالشهادة في حق الحي، ولو شهدوا حال الحياة على هذا الوجه جاز فكذلك بعد الموت. وليس كذلك الوصايا؛ لأنها

---

١ انظر: الأصل، ٥/٥٢٨، ٥٣٠، ٥٣١.

تثبت ابتداء موجبة الاشتراك إذا كانت بسهم أو دراهم مرسلة، وإذا صار الاشتراك من موجب الشهادة لم تقبل.

وأما وجه الرواية التي منع من الشهادة بالدين: فلأن موجب الشهادة الشركة؛ ألا ترى أن الدين قد انتقل إلى التركة، ووجب قسمتها على قدر الحقوق، فلم يجز القضاء بشهادة من هو شريك. وأما الوصية إذا تعلقت بعين فنصيب كل واحد متميز عن نصيب صاحبه، فصارت الشهادة غير موجبة للاشتراك، فجاز.

وجه رواية الحسن: أن الفريق الأول لما قضى القاضي بشهادتهم وليس هناك غيرهم ثبت الحق، وإذا شهد الفريق الثاني بعد ثبوت الحق الأول صار أحدهما كالمنفرد عن الآخر، ومتى شهدا في حالة واحدة فالاشتراك من موجب الشهادة فلم تقبل.

## [الشهادة على الميراث والنسب بالاستفاضة]

[٦٨٥.] مسألة إذا شهد شاهدان "أن هذا فلانٌ بن فلانٍ" [١٨٦و] ولم يدركا الأب، أو شهدا أن أباه مات وترك هذه الدار ميراثًا ولم يدركا الأب: أبطلتهما جميعا في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: أجيز النسب وأبطل الميراث. أما الملك فلا يجوز إثباته من طريق الاستفاضة، وإنما تعتبر مشاهدة التصرف، فإذا لم يدركا الأب فلم يعرفا تصرفه فشهادتهما بالاستفاضة لا تصح. وأما النسب فيجوز إثباته بالاستفاضة، فإدراك الأب لا يُحتَاج إليه فتقبل الشهادة.

والذي قال أبو حنيفة يجوز أن يكون وضع المسألة على أن الشاهدين لا يعرفان نسب المشهود به من جهة الاستفاضة فلم يبق إلا السماع، ولم يدركاه فلم تقبل شهادتهما، فعلى هذا لا يكون في المسألة خلاف.

[اختلاف الشهود في تمليك ذي رحم]

[٦٨٦.] مسألة قال أبو يوسف: إذا شهد أحدهما أنه تصدق على ذي رحم، وقال الآخر: "وهب له" جازت الشهادة. وقال محمد: لا تجوز.

لأبي [يوسف]:[١] أن حكم المشهود به سواء فيما شهد به الشاهدان؛ ألا ترى أن كل واحد منهما يملك بغير عوض لا يتعلق به الرجوع، فاختلاف العبارة لا يؤثر، كقول أحدهما: "باع" وقول الآخر: "ملَّك". لمحمد: أن معنى اللفظين مختلف؛ ألا ترى أن أحدهما لا رجوع فيه للعاقد والآخر للموهوب له، فاختلف مقتضى العقدين، فاتفاقهما في الثاني لا معتبر به.

[شهادة بعض القتلة لأحدهم: بعفو الولي عنه]

[٦٨٧.] مسألة قال أبو يوسف في ثلاثة قتلوا رجلًا، وله ولي، فشهد اثنان منهم: أن الولي عفى عن الثالث فالشهادة باطلة. وقال محمد: جائزة.

لأبي يوسف: أن الشهادة حصلت في قتل مشترك؛ ألا ترى أن خروج الروح مضاف إلى كل واحد، فصار كالدين المشترك إذا شهدا أنه أبرأ شريكهما من نصيبه. لمحمد: أن سقوط القتل عن الثالث لا يوجب سقوطه عنهما، والحق الذي لزم كل واحد منهم غيره الذي لزم الآخر، فصار كالحقوق المختلفة.

[تهاتر البينات]

[٦٨٨.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قُتِل الرجل وله ابنان، فأقام أحدهما البينة أن أخاه قتل [١٨٦ظ] أباه عمدًا، وأقام الآخر البينة أن أجنبيًا قتله عمدًا، وحضروا جميعًا عند القاضي: فعلى المشهود عليه لأخيه نصف الدية، وللابن المشهود عليه على الأجنبي نصفها. وقالا: بينة الابن على أخيه أولى، فيقتص منه إن شاء.

---

١ وفي المخطوط: لأبي حنيفة، ولعل الصواب ما أثبت.

لأبي حنيفة: أن كل واحد من الابنين خصم عن الميت في الظاهر، وليس إثبات ما يدعيه أحدهما من القتل أولى مما يدعيه الآخر، فإذا كان كذلك بطل القود لاختلافهما، وحصلت المنازعة في الدية، فصار كما لو تنازعاه، وأقاما عليه البينة، وقد عُلِم أنه لا يجوز أن يحكم بأكثر من دية واحدة في مقتول واحد، وأحد الابنين قد أقام البينة على الأجنبي بالقتل، وكذَّبه أخوه في نصفها، فيبقى له النصف، وقد أقام الآخر عليه البينة بالقتل فوجب أن يقضى له بما بقي من الدية وهو النصف. ولا يقال: إن الأخ أقام البينة بجميع الدية؛ لأنه لو قضي بذلك يقضى في نفس واحدة بأكثر من دية واحدة، وهذا لا يصح.

لهما: أن الذي أقام البينة على أخيه أخرجه من الميراث؛ لأنه قاتل فلم تقبل بينته على الأجنبي، وبقيت بينة أخيه عليه فثبت بها القود، وصار هذا كرجل ادعى دارًا في يد رجل وأقام البينة "أنه غصبها منه"، وادعاها ثالث وأقام البينة "أنها له غصبها منه المدعي" فإن بينته أولى؛ لأنه أخرج الآخر بهذه البينة من أن يكون مالكا كذلك هذا. والجواب: أن الدار الواحدة قد يترادف عليها الغصب من اثنين، والشخص الواحد لا يُقتَل مرةً بعد مرةً.

قال: فإن أقام كل واحد منهما البينة على صاحبه بالقتل فإن قياس قول أبي حنيفة: أن يضمن كل واحد منهما نصف الدية والميراث بينهما؛ وذلك لأن كل واحد منهما أقام البينة على صاحبه فلم يمكن القضاء بنصف القود وأمكن إثبات المال فثبت لكل واحد منهما نصف الدية، وأن القتل يجوز أن يكون حصل منهما إلا أن القصاص لا يثبت؛ لأنهما وارثان، وقد تصادقا على أن لا قصاص على أحدهما. فأما على [١٨٧و] قولهما تتهاتر البينتان؛ لأن كل واحد منهما أخرج صاحبه من الإرث.

قال محمد: ولو كانوا ثلاثة، فأقام الأكبر على الأوسط، وأقام الأوسط على الأصغر، والأصغر على الأكبر، فقياس قول أبي حنيفة: أن لكل واحد على صاحبه ثلث الدية

والميراث أثلاثا؛ لأن البينات لما تساوت لم يكن بعضها أولى من بعض، والمقتول الواحد لا يستحق عليه أكثر من دية واحدة، وقد تساووا فيها. وأما على قياس قولهما: البينات مقبولة؛ لأنها غير متهاترة؛ إذ التهاتر أن يقيم كل واحد منهما على من أقام عليه، وإذا كان كذلك فقد أقام كل واحد منهما البينة على صاحبه بالدية ولشريكه، وكذبه شريكه، فيبقى له نصف الدية، وغير ممتنع أن يقضى بأكثر من دية لحق جماعة، كما يقضى في عين واحدة بقيم إذا أقر الغاصب أنه غصب من واحد بعد واحد.

قال محمد: ولو أقام اثنان منهم على الثالث، وأقام الثالث على الأجنبي، فقياس قول أبي حنيفة: أن على الابن ثلثي الدية لأخويه، وله على الأجنبي ثلث الدية؛ لأنه أقام البينة على الأجنبي بالدية له ولأخويه، فكذباه، فسقط ثلثاه، ومتى استحق ثلث الدية لم يبق إلا ثلثاه، فيستحقه الأخوان عليه. وأما على قولهما: فلا تثبت بينة الابن؛ لأن الابن المستحق عليه خرج من أن يكون وارثا فلم تقبل بينته.

قال محمد: فإن ادعى الأكبر على الأوسط، وادعى الأوسط على الأصغر، وادعى الأصغر على الأجنبي، فإن قياس أبي حنيفة: أن لكل واحد على من أقام عليه البينة ثلثي الدية؛ لأن المستحق دية واحدة يجب للأصغر على الأجنبي ثلثها، فيبقى الثلثان يقضى به للأخوين. وأما على قولهما: فللأكبر على الأوسط نصف الدية، وللأوسط على الأصغر النصف، ولا شيء للأصغر؛ لأن الأصغر قامت عليه البينة ولم تقم على واحد منهما، فخرج من الميراث، فلم تقبل بينته على الأجنبي، فبقي حق الابنين فكانت الدية بينهما.

## [اختلاف الشهود في القرض والضمان]

[٦٨٩.] مسألة قال أبو حنيفة: [١٨٧ظ] إذا شهد شاهد أن فلانًا أقر لفلان "بألف [من] قرض"، وشهد آخر أنه أقر بها "من ضمان ضمنه عنه بأمره فأدّاه": قضي

بالشهادة. وقال أبو يوسف: إن قال المدعي: "لي عليه قرض" قبلت الشهادة، وإن قال: "لي عليه ضمان" لم يقض له بشيء.

لأبي حنيفة: أن الشهادة قد اتفقت في الضمان، والجهات لا معتبر بها، كما لو أقر له بألف من غصب فادعى عليه ألفًا من قرض. لأبي يوسف: أن القرض فيه معنى الكفالة، والضمان أمر خاص لا يدخل فيه الأمر العام؛ فلذلك قبلت في أحد الأمرين دون الآخر.

* * *

# كتاب الرجوع عن الشهادات

## [رجوع شهود العفو عن القصاص]

[٦٩٠.] مسألة إذا شهدا بالعفو عن القصاص فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا: لم يضمناه. وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه قال: يضمنان الدية لولي المقتول.[١]

وجه قولهم المشهور: أن الشاهدين أتلفا دم العمد وليس بمال؛ بدلالة أنه يستوفى من رقبة الحر، ولا يتعلق به حقوق الغرماء، ويجوز عفو المريض عنه من جميع ماله. ولو قتل القاتلَ رجلٌ لم يضمن بالإتلاف للولي، وإذا لم يكنْ مالا فإنما هو حق لم يُضمَن كالمنافع. ولا يجوز أن يقال: إنه يؤخذ عنه البدل؛ لأن ذلك يؤخذ عما ليس بمال كالمنافع والبُضْع. ولا يقال: إن الوكيل بالبيع إذا أبرأ من الثمن ضمن وإن كان الدين حقًّا؛ لأنه مما يتعين به مالا في الثاني فقد منع من تعيين المال، فلهذا ضمن، ودم العمد لا يتعين به مالا ما لم يحدث شبهة أو سبب يوجب سقوط القصاص.

لأبي يوسف: أن دم العمد لما جاز أن يصير مالا بدخول الشبهة فيه صار كالحقوق التي فيها معنى المال فضمن بالإتلاف. وهو ضعيف؛ لأن من له دم عمد لا يثبت له مطالبة بمال بحال فلم يُتلِف الشهودُ إلا حقَّ القصاص.

---

١ انظر: الأصل، ١٢/٥٢.

## [رجوع شهود الأصل]

[٦٩١.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا حكم الحاكم بشهادة شاهدي الفرع فرجع شهود الأصل: لم يلزمهما ضمان. وقال محمد: يلزمهما الضمان. وذكر الخصاف أن أبا يوسف [١٨٨ر] روى في الإملاء عن أبي حنيفة أنهما إن رجعا بعد ما قالا: "إنا أشهدناهما": ضمنا.[١]

وجه قولهما: أن شهادة الفرع جعل قول الأصل شهادة، فصار الحكم معلقا بقول شهود الفرع، وشهود الأصل سبب فلا يتعلق عليهم ضمان، كشهود الإحصان. وليس كذلك المزكون؛ لأنهم جعلوا شهادة الشهود شهادةً، فصاروا كشهود الفرع في مسألتنا. ولأن شهود الأصل لم يؤدوا إلى الحاكم الشهادة، والشهادة لا تتعلق بها حكم إلا بأدائها إلى الحاكم، وانضمام الحكم إليها، فما لم توجد فلم يحصل إلا التعزير بشهود الفرع. وهذا النوع من الغرر لا يتعلق به ضمان.

لمحمد: أن الحاكم يحكم بشهادة شهود الأصل، فإذا وقع القضاء بشهادتهم لزمهم ضمان بالرجوع. ولأن شهود الفرع آلةٌ لهم في النقل، فصاروا كالمكرَه على الإتلاف.

## [رجوع رجل وعشرة نسوة في الشهادة]

[٦٩٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا شهد رجل وعشرة نسوة بحق فحكم الحاكم، ثم رجعوا: كان على النسوة خمسة أسداس الحق. وقالا: النصف. وقد مضت هذه المسألة.[٢]

---

١ انظر: الأصل، ١٢/٤٥.

٢ انظر: الأصل، ١٢/١١؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/١٦٨، ١٦٩.

## [شهدا بالقتل، فاقتص الولي، فجاء المشهود بقتله حيًا]

[٦٩٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا شهدا بالقتل، فقتل الوليُّ القاتلَ، وجاء المشهود بقتله حيًا: فورثة المقتول بالخيار إن شاءوا ضمَّنوا القاتلَ الديةَ، وإن شاء ضمَّنوا الشاهدَين، وأيُّهما ضَمن لم يرجع على الآخر بشيء. وقالا: يرجع الشاهدان بما ضمنا على القاتل.

وجه قول أبي حنيفة: أن الشهود ضمنوا قيمة النفس التي استوفيت على وجه العمد، ودم العمد لا يُملَّك بالضمان، والشهود يرجعون على غيرهم فيما ملكوه، كالأموال. ولا يقال: إنهما لما ضمنا وإن كان المضمون ليس بمال جاز أن يرجع؛ لأن الشهود قد يضمنون ما ليس بمال كما لو شهدوا بالطلاق، وليس كل ما ضمن تعلق به الرجوع. ولا يلزم على هذا: إذا شهدا بالكتابة ثم رجعا فضمَّنهما المولى أنهما يرجعان بمال الكتابة؛ لأنهم ضمنوا القيمة وملكوا بأدائهما مال الكتابة، وهو مما يصح [١٨٨ظ] تمليكه. ولا يقال: إن ذلك يؤدي إلى التفاضل؛ لأن التفاضل يؤثر في العقود، وهذا يجب من طريق الحكم.

وجه قولهما: أن الولي مخيَّر بين تضمين الشهود أو الولي، فإذا اختار ضمان الشهود أقامهم مقام نفسه فيما كان له من الضمان، كالغاصب الأول إذا ضمن.

### فصل

[٦٩٤.] قال: ولو قضى القاضي بشهادة عبدين وهو لا يعلم، فاستوفى الولي القصاص، ثم تبيَّن أنهما عبدان: فإن الضمان على المشهود له.[١]

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة: فروي أن الضمان في ماله. هكذا ذكر في الأصل من غير خلاف؛ لأنه عمد محض لا شبهة فيه، وإنما سقط القصاص من

---

١ انظر: الأصل، ١٢/٥١.

حيث الحكم؛ لأنه استوفاه وهو في الظاهر حقه، فوجب أن يكون الضمان في ماله، كقطع اليد من نصف الساعد. وعنه: أنه على العاقلة؛ لأنه لم يتعمد في سبب التلف، كمن رمى طائرًا فأصاب إنسانا.

## [رجوع الشهود قبل القصاص في العمد]

[٦٩٥.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد في الرجل يشهد عليه رجلان بقتل عمد فدفع إلى الولي ليقتص منه، ثم رجع الشاهدان قبل القتل: فلا شيء على القاتل، ولا على الشهود. وقال أبو يوسف: على القاتل الدية.

وقياس قوله: أن يرجع بها على الشاهدين. أما سقوط القصاص؛ فلأنه مما يسقط بالشبهة، فوقف حكمه على الاستيفاء كالحدود، وإذا بطل القصاص والدية غير موجَبة بالشهادة، والشهود لا يلزمهم ضمان فيما لم يوجبوه بشهادتهم. وأما أبو يوسف فقال: إن دم العمد مقوَّم في نفسه؛ بدلالة أخذ العوض عنه، وإذا دخلت فيه الشبهة فرجوع الشهود يؤثر في القصاص، ولا يؤثر فيما يتضمنه من القيمة.

## فصل

## [إسلام القاتل قبل الاستيفاء]

[٦٩٦.] قال: ولو كان القاتل نصرانيًا، فشهد عليه نصرانيان، فأسلم قبل الاستيفاء: فلا شيء عليه في قول أبي حنيفة؛ لأن الشهادة بالقصاص موقوفة على الاستيفاء، فصار ما طرأ قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء مثل الحدود. وأبو يوسف يقول: عليه [١٨٩و] الدية؛ لأنها من مضمون القود، فإذا تعذر استيفاء القصاص من طريق الحكم صار بمنزلة أن يسقط بالشبهة.[١]

وفرق بين هذه المسألة وبين الأولى في الرجوع على الشهود؛ لأن ضمان المال

---

١ انظر: الأصل، ١٢/٣١.

لزم المشهود عليه بسبب من جهة الشهود، وفي مسألتنا بسبب من جهة المشهود عليه. وقد روي عن أصحابنا: أن رجوع الشهود لا يُسقِط القود؛ لأنه حق لآدمي، ولا يقف على الاستيفاء، كالديون.

## [اختلاف الزوجين في المهر]

[٦٩٧.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا اختلف الزوجان في المهر فادعت المرأة ألفًا وذلك قدر مهر مثلها، واعترف الزوج بمئة، وأقام الزوج البينة على ما ادعاه، فقضى القاضي بذلك، ثم رجعا: فإنهما يضمنان للمرأة تسعمئة إن كان دخل بها، وإن لم يكن دخل بها لم يضمنا. وقال أبو يوسف: لا ضمان في الوجهين.[١]

وهذه مبنية على اختلافهم في اختلاف الزوجين في المهر: فعند أبي حنيفة ومحمد: القول قول المرأة في مقدار مهر مثلها، فقد استحقت الألف في الظاهر لولا الشهادة، فبالشهادة سقطت تسعمئة، فوجب أن يضمناه عند الرجوع. وأما إذا كان قبل الدخول فالواجب المتعة، فلم يحصل من جهة الشهود إتلاف. وهذا موضوع على أن المتعة أقل مما اعترف به الزوج، فأما إذا كانت أكثر فيجب أن يضمن الشهود الفضل؛ لأنهم أتلفوا ذلك بشهادتهم.

## [شهادة اثنين على شهادة أربعة]

[٦٩٨.] مسألة قال في الأصل: إذا شهد اثنان على شهادة أربعة، وشهد اثنان على شهادة اثنين بحق واحد، فقضى القاضي، ثم رجعوا فالضمان أثلاثًا[٢] في قول أبي يوسف. وذكر محمد في بعض نوادره قول أبي حنيفة مثله. وقال محمد: نصفين.[٣]

---

١ انظر: الأصل، ١٢/٢٥؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/١٦٤.

٢ على الشاهدين اللذين شهدا على شهادة أربعة الثلثان، وعلى الشاهدين الآخرين الثلث.

٣ انظر: الأصل، ١٢/٤٤.

لهما: أن كل واحد من الفريقين قام مقام شهود الأصل؛ وكأنهم حضروا وشهدوا ثم رجعوا. لمحمد: أن الحكم يتعلق بشهود الفرع؛ لأنهم الذين نقلوا الشهادة إلى الحاكم، فاعتبر عددهم.

ولو شهد أربعة على شهادة اثنين، وشهد اثنان على شهادة اثنين: فالضمان نصفان في قولهم. أما على [١٨٩ظ] قول أبي يوسف: فلا شبهة؛ لأنه يعتبر شهود الأصل، وقد تساووا. فأما محمد: فاعتبر شهود الفرع في المسألة الأولى فكان الواجب أن يفصل الضمان هاهنا؛ إلا أنه قال: إنهم لم يقوموا مقام أنفسهم، فوجب أن يحط عنهم لنقصانهم في الرتبة، ولا يزاد عليهم في الفصل الأول لأجل شهود الأصل.

## [رجوع أهل الذمة عن الشهادة]

[٦٩٩.] مسألة قال أبو يوسف: إذا شهد الذميان على ذمي بخمر أو خنزير، فقضى القاضي بذلك، ثم أسلما ورجعا: ضمنا قيمة الخنزير، ولم يضمنا قيمة الخمر. وهذا على أصله في ذمي استهلك خمرًا أو خنزيرًا ثم أسلم: أنه يضمن قيمة الخنزير؛ لأنها من جنس الدراهم والدنانير، فلا يؤثر فيه الإسلام، ولا يضمن الخمر؛ لأن الواجب فيها المثل، والإسلام يؤثر في ذلك. وأما على قول محمد: فالرجوع إتلاف للمشهود به، فصار كسائر أسباب الإتلاف.[١]

* * *

١ انظر: الأصل، ١٢/٣٠.

# كتاب الوكالة

## [الوكالة بالخصومة]

[٧٠٠.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: لا تجوز وكالة الحاضر الصحيح إلا برضا خصمه. وقالا: تجوز وإن لم يرض.

وعن أبي يوسف أنه كان يقول: للمرأة أن تُوكِّل، بكرًا كانت أو ثيبًا، وليس للرجل أن يُوكِّل إلا من غيبة أو مرض.[1] وروى معلًى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال: «لا أقبل الوكالة في الخصومة من رجل، ولا امرأة بكرًا وإن كانت شريفة إلا من عذر مرض أو غيبة».[2]

لأبي حنيفة: أن الحضور حق للمدعي قبل المدعى عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ﴾ [النور، ٤٨/٢٤] فذمَّهم على الامتناع من الحضور، وقال عليه السلام: «من دُعِيَ إلى حاكم من حكام المسلمين فلم يُجِب، ألا فلا[3] حق له».[4] وإذا كان الحضور مستحقا عليه، وهو يختلف باختلاف المتولي لم يمكنه إسقاطه عن نفسه إلا برضا خصمه، كمن له دين على آخر، فأراد أن يحيله به. ولا يلزم [١٩٠و] على هذا: إذا كان غائبا عن المصر أو مريضا؛ لأن في حضوره ضرر، فلم تكن الخصومة حق قد لزمه، فلذلك جاز التوكيل.

---

١ انظر: الأصل، ٢٠٧/١١، ٢٠٨؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٦٥/٣؛ شرح مختصر الكرخي، ٤٠٩ظ.

٢ نوادر المعلى، ٩٨و.

٣ والذي في سنن الدارقطني، والتجريد: «فهو ظالم لا حق له».

٤ انظر: سنن الدارقطني، ٣٨٢/٥ (٤٤٩٢).

لهما: ما روي أن عليًا رضي الله عنه كان يوكل عقيلا في الخصومة،[١] ولأن حضور المدعى عليه يحتاج إليه ليسمع عليه البينة ويجيب عن الدعوى، وهذا المعنى موجود في وكيله. وما ذكره أبو يوسف من الفرق بين المرأة والرجل: فلأن المرأة عاجزة في العادة في الخصومة والمحاورة، فصارت بمنزلة المريض والغائب.

## [إقرار الوكيل على موكله]

[٧٠١.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز إقرار الوكيل على موكله بحضرة الحاكم، ولا يجوز بغير حضرته. وقال زفر: لا يجوز في الحالتين. وقال أبو يوسف: يجوز في الحالتين.[٢]

أما بغير حضرة الحاكم:

فوجه قولهما: أن الآمر أقامه مقام نفسه في الخصومة، وذلك يختص بحضرة الحاكم؛ بدلالة من استحلف رجلا بغير حضرة الحاكم لم تنقطع الخصومة بذلك، فصار في غير حضرة الحاكم كالأجنبي، فلا يجوز إقراره. ولأن الوكيل قائم مقام الموكل فحاله في الإقرار أنقص من حاله، كنقصان حال الوصي عن ولاية الأب، فلو جوَّزناه في جميع الأحوال لسوَّينا بينهما، وهذا لا يجوز. لأبي يوسف: أن الوكيل قائم مقام الموكل في المطالبة والاستيفاء، فلما كان إقراره جائزًا عند القاضي وعند غيره وجب أن يكون كذلك حكم توكيله. ولأنه يملك الاستيفاء في الحالين. ولأنه يقطع الخصومة كالإقرار عند الحاكم.

---

١ السنن الكبرى، ١٣٤/٦ (١١٤٣٧).

٢ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ١٦٩/٤؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٦٧/٣؛ شرح مختصر الكرخي، ٤١٠و.

وأما بحضرة الحاكم:

فوجه قولهم إلا زفر: أنه موكَّل بالجواب، والإقرار أحد الجوابين فوجب أن يملكه كالإنكار. ولأن إقراره لو لم يقبل لم يكن لسؤال القاضي له عن الدين معنى. ولأنه موكَّل بالخصومة فصار موكَّلا بقطعها، وفي الإقرار قطعها. لزفر: أنا لو جوَّزنا إقراره لكان ذلك مستفادًا [١٩٠ظ] بالوكالة، وجواز الإقرار لا يتعلق بالعقود؛ ألا ترى أن في ذلك تعليق الإقرار بالخطر. ولأنه لو قال له: "وكلتك بالإقرار عليَّ" لم يجز. وهذا لا يصح؛ لأنه لا يمتنع أن يستفيد جواز الإقرار بحكم عقد، وإن لا كان لا يجوز أن يفرد بالوكالة كإقرار أحد المتفاوضين. ولا يجوز اعتبار الوكيل بالوصي؛ لأن الوصي يتصرف من طريق الحكم كتصرف الأب والجد، والوكيل يتصرف بالأمر فوجب اعتبار عمومه.

وذكر ابن شجاع عن أبي يوسف: أنه لو استثنى الإقرار من الوكالة لم يجز، وجعله كالاستثناء من موجب العقد، مثل من وكَّل رجلا ببيع عبده، وشَرَط أن لا يقبض الثمن. وعن محمد: جواز الاستثناء، إلا أنه قال: للخصم أن يمتنع من الخصومة، ويقول: "إن إقراري يجوز علي، وإقرار وكيلك لا يجوز عليك، فلا أخاصمه إلا أن يكون مساويا لي".

## [الوكيل بالخصومة يخاصم ثم يعزل فيشهد]

[٧٠٢.] مسألة قال: ولو خاصم الوكيل ثم عزل، فشهد بذلك الحق، فإن كان خاصم عند القاضي: لم تجز شهادته في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن من أصلهما أن الخصومة التي تتضمنها الوكالة ما كان عند القاضي، فإذا خاصم ثم شهد فقد شهد بما هو خصم فيه. وليس كذلك إذا خاصم عند غير القاضي؛ لأن ذلك لم تتضمنه الوكالة عندهما، فلم يعتد بخصومته فيه، وإذا لم يكن خصما جازت شهادته، ولا

يجوز أن يجعل خصما بنفس الوكالة؛ لأنه لو ادعى لم يلتفت القاضي إلى دعواه حتى تثبت الوكالة، فدل أنه ليس بخصم بنفس التوكيل. وليس كذلك الوصي؛ لأنه يملك الخصومة عند غير القاضي؛ بدلالة أنه لو حكم رجلا جاز.

وأبو يوسف يقول: لا تقبل شهادته بعد الوكالة، خاصم أو لم يخاصم؛ لأن الموكل أقامه مقام نفسه بالعقد فصار خصما عنه، فلم تقبل شهادته لنفسه.[1]

## [التوكيل في إثبات الحدود]

[٧٠٣.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز التوكيل في إثبات الحدود. وقال أبو يوسف: لا يجوز.[2]

لهما: أنها [١٩١و] وكالة في الخصومة، فصارت كالديون. ولأن الخصومة سبب إلى ما سقط بالشبهة فجاز إثباته بما قام مقام الغير، كالإحصان. وليس كذلك الاستيفاء؛ لأن الشبهة تؤثر فيه، فلا يؤمن أن يكون الموكل عفى، فلو استوفاه مع جواز العفو لكان استيفاء مع الشبهة، وهذا لا يجوز.

لأبي يوسف: أن الإثبات يحتاج إليه الاستيفاء، فإذا لم يجز الاستيفاء لم يجز الإثبات. ولأن الإثبات لا يجوز بما قام مقام الغير، كالشهادة على الشهادة.

## [وكل رجلين بالخصومة]

[٧٠٤.] مسألة قال أصحابنا: إذا وكَّل رجلين بالخصومة فلأحدهما أن يخاصم. وقال زفر: ليس له ذلك.[3]

لنا: أن الخصومة لا تمكن منهما في حالة واحدة؛ ألا ترى أنهما إذا تكلما معا

---

١ انظر: الأصل، ٢٠٧/١١.

٢ انظر: الأصل، ٥/٧؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٧٣/٣، ٢٧٤؛ شرح مختصر الكرخي، ٤٠٩و.

٣ انظر: الأصل، ٢٠٩/١١.

لم يفهم عنهما، فعُلِم أن الموكل جعل ذلك إلى كل واحد منهما، فيجوز أن ينفرد به كما لو اجتمعا فخاصم أحدهما. ولأن المقصود من الخصومة إثبات الحجة، وهذا لا يمكن إلا بانفراد كل واحد منهما، فكأن الموكل أذن في ذلك. وليس هذا كالوكيلين بالشراء؛ لأنه يمكن اجتماعهما على العقد من غير ضرر.

لزفر: أن في اجتماعهما على الخصومة اجتماع الرأيين، ورأي الاثنين يخالف رأي الواحد، فلم يجز أن ينفرد، كالوكالة بالشراء.

## [خروج الوكيل من الوكالة بجنون الموكل]

[٧٠٥.] مسألة قال في الأصل: إذا ذهب عقل الموكِّل زمانا خرج الوكيل من الوكالة مما له إخراجه فيه، ولو ذهب عقله ساعة فالوكيل على وكالته، وأجعل هذا كالنوم، ولا أقيسه على الأول. وهما في القياس سواء. والاستحسان في الجنون ساعة ذكره في باب وكالة المكاتب، وفي الوكالة بالطلاق ذكر الاستحسان في التطاول، وليس بصحيح. وعن أبي يوسف: أنه لا ينعزل حتى يُجَنَّ أكثر السنة. وروي عن محمد: يوم وليلة، ثم رجع وقال: شهرًا، ثم رجع وقال: سنة.[١] وذكر أبو الحسن في حد الجنون المُطبِق عند أبي يوسف: شهرًا. قال: وروى [١٩١ظ] ابن سماعة عن محمد أنه كان يقول: شهرًا، ثم رجع فقال: لا يكون مطبقا إلا حولا كاملا.

وجه القياس في الجنون اليسير: أن التكليف يسقط فيه لعدم العقل، فصار كالصغر.وليس كذلك الإغماء والنوم؛ لأن العقل لا يزول بهما، وإنما يحدث أمر يمنع من الاستدلال. وأما الاستحسان: فروي عن محمد يوم وليلة؛ لأنه يسقط الصلاة، وما دونه لا يؤثر، فصار كالنوم، ثم رجع فقدره بشهر؛ لأنه يسقط الصلاة والصوم فيصير كالصغر، ثم رجع فاعتبر سنة؛ لأنه يسقط الصيام والصلاة والزكاة والحج فصار

---

١ انظر: الأصل، ١١/٤٥٥.

كالموت والصغر، فيولى عليه. وأما أبو يوسف: فاعتبر أكثر الحول؛ لأنه يحكم به بحكم الجميع والأقل كالبائع؛ ألا ترى أن من دام به جنون فإنه يفيق في السنة اليوم واليومين فلا يعتد بذلك.

وقد قال محمد فيمن أوصى ثم جُنَّ: بطلت وصيته؛ لأن الجنون يبطل الأمر كما يبطل الوكالة. وليس كذلك الموت؛ لأن لا يبطل الأمر. وقد قالوا: لو كان مجنونا ساعة من الحول لم يمنع الزكاة، وإن كان مجنونا في أكثره منع، فجعلوا حكم أكثر الحول بمنزلة جميعه. ويجوز أن يقال: إن الجنون ساعة لا يتعلق به حكم؛ لأنه لا يتميز من الإغماء، والجنون الكثير يتعلق به الحكم، والفصل بينهما طريقه الاجتهاد، فلا يتوجه على قائله سؤال. واعتبر أبو يوسف أكثر الحول؛ لأنه لو اعتبر حولا كاملا لأضرَّ به؛ لأن حقوقه لا تستوفى إلا في سنة أخرى، وتأخير الحقوق إلى سنة يضرُّ به، وتأخيرها في الحول لا يضرُّ. واعتبر محمد أحكام العبادات، ولم يعتبر ما سواها من الإضرار في استيفاء الحق.

### [عودة وكالة الوكيل بعوده من دار الحرب مسلمًا]

[٧٠٦.] مسألة قال أبو يوسف: إذا لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا انتقضت الوكالة، وإن عاد لم تعد. وقال محمد: تعود.[١]

لأبي يوسف: أن حكم الحاكم بلحاقه قد أجري مجرى الموت، والموت عزل من طريق الحكم، فصار كالعزل من طريق القول، فلا يعود إلا بتجديد الوكالة. ولأن اللحاق يمنع ابتداء الوكالة، [١٩٢و] فإذا طرأ عليها وجب إبطالها، كالنكاح والجنون.

لمحمد: أنه لم ينفذ تصرفه في دار الحرب؛ لأن أمر الموكل لا يتناول تلك الدار،

---

١ انظر: الأصل، ١١/٤٥٥.

فصار كمن قال لرجل: "بع ثوبي ببغداد فأخرجه منها" لم يجز بيعه ليس للعزل ولكن الأمر لم يتناول تلك البقعة، فإذا عاد جاز تصرفه، كذلك هاهنا. وليس كذلك إذا لحق الموكل بالدار؛ لأن ذلك يوجب زوال أملاكه، والوكالة كانت متعلقة بعين المال، فلم يجز بقاؤها مع زوال الملك منه.

قال محمد: ألا ترى أن الموكل لو كان قال للوكيل: "وكلتك ببيع هذا في دار الحرب" فارتد ولحق بدار الحرب جاز بيعه، فدل على أن المنع من التصرف ليس هو لأجل العزل، ولكن الأمر لم يتناول تلك البقعة. وهذه المسألة لا نعرفها من مذهب أبي يوسف فلا معنى لإلزامه.

## [هل يكون الوكيل بالقبض وكيلًا بالخصومة]

[٧٠٧.] مسألة قال أبو حنيفة: الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة، فإن أقام المطلوب البينة أنه قضى الموكل: قبلت بينته عليه. وقالا: لا تقبل بينته على القضاء، إلا أن الخصومة تسقط. وروى الحسن عن أبي حنيفة مثله.[1]

لأبي حنيفة: أن الوكالة بقبض الدين تتضمن تمليك ما في الذمة بما يأخذ، فصار خصمًا في التمليك، فوجب أن تقبل بينته بإثبات الدين، وبينة صاحبه عليه في سقوطه.

وكان أبو الحسن يقول: إن الوكيل بقبض الدين موكَّل بتمليك الدين من المطلوب، والمطلوب أقام البينة أنه ملك من جهة الموكِّل، فصارت الشهادة على نفس ما وكل به، فتقبل البينة عليه. وليس كذلك الوكيل بالبيع أنه ليس بخصم في إثبات ملك الموكل، ولا في استحقاقه عليه؛ لأن التمليك ليس من مقتضى الوكالة، وإنما هو من مقتضى البيع. ولأنه وكيل بالتمليك من المشتري، ويستحيل أن يكون مشتريا ويدعي الملك، ودعوى غيره لا تلزم؛ لأنه ليس بموكل بالتمليك منه. ولا يلزم على

١ انظر: الأصل، ٣١٢/١١، ٣١٣؛ الجامع الصغير، ٤٠٥؛ شرح مختصر الكرخي، ١٠ ٤و.

هذا: الوكيل بطلب [١٩٢ظ] الشفعة إذا أقام المشتري البينة على تسليم الموكل؛ لأنه لا يدعي التمليك، وإنما يدعي إسقاط الشفعة، فلم تقم البينة على ما وكل فيه الوكيل. ولا يلزم: الوكيل بقبض الأعيان؛ لأنه غير موكَّل بالتمليك، وإنما وكل بالنقل، ومن يصلح للنقل لا يصلح للخصومات، والوكيل بقبض الدين قد جعل إليه الرأي في المقبوض، فكانت الخصومة إليه. فإن قيل: لو كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتمليك لم يجز وكيل المسلم في قبض الخمر، كما لا يوكل في تمليكها. والجواب: أن هذا ملك من طريق الحكم، والمسلم يصح أن يملك الخمر وإن لم يجز عقده عليها.

لهما: أن الموكل أذن له في القبض فلم يملك ما لم يجعل إليه، كالوكيل بقبض الأعيان.

## [وكله بالقبض والمطلوب منه يدعي الوفاء]

[٧٠٨.] مسألة قال الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف: إذا وكَّله بقبض الدين، والمطلوب مقر إلا أنه يدعي: أنه أوفى الطالب، قيل له: "ادفع المال إلى الوكيل، واتبع الطالب باليمين"، فإن حلف وإلا رجعت عليه بالألف. وإن طلب تميز الموكل لم يستحلف. وقال زفر: أحلفه على علمه، وإن أبى أن يحلف خرج من الوكالة.[١]

لنا: أن الوكيل قد أقامه الموكل مقام نفسه في الخصومة، ومن قام مقام غيره لم يستحلف فيما يدعي قبله من الاستيفاء كالوصي. ولأنه يدعي الاستيفاء على الموكل واليمين عليه فلم تصح النيابة فيها. لزفر: أن البينة لما جاز أن تسمع على الوكيل لما فيه من إسقاط حقه في الخصومة جاز أن يستحلف لينكل فيثبت هذا المعنى، وكما لو أقر سقطت خصومته.

---

١ انظر: الأصل، ٣١٣/١١؛ شرح مختصر الكرخي، ١٠٤ظ.

[وكالة المرتد]

[٧٠٩.] مسألة قال أبو حنيفة: وكالة المرتد موقوفة. وقالا: جائزة. وهي فرع على اختلافهم في حكم ملكه، فعند أبي حنيفة: أنه مراعى، فيقف عقده على ما يظهر من حكمه. وعندهما: أملاكه باقية فتوكليه فيها يصح.[١]

[اختلاف الشهود في التوكيل بالقبض والخصومة]

[٧١٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا شهد شاهد أنه وكّله بالخصومة في [١٩٣و] الدين، وشهد آخر أنه وكُّله بقبضه: جاز. وهي فرع على أصله: أن الوكيل بالقبض موكَّل بالخصومة، فصار ما شهد به كل واحد منهما مثل ما شهد به الآخر. وعلى أصلهما: الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة فلم تثبت الخصومة بشاهد واحد.[٢]

وقد ذكر بيع الوكيل من ابنه بالقليل والكثير، وقد بيناه. وبراءة الوكيل من الثمن وجواز بيعه بالعروض، وقد بيناه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وزفر: أن الوكيل بالبيع إذا باع بشيء بعينه جاز إذا كان يساوي ما باعه به. ووجهه: أن فيه معنى الشراء فلم يجز إلا بما يُتغابَن، والظاهر من الرواية جوازه بالقليل والكثير. والفرق بينه وبين الوكيل بالشراء: أن الوكيل بالشراء قد لزمه ضمان في ذمته فيُتَّهَم في إسقاطه، وفي مسألتنا لم يلزمه ضمان فهو غير متهم.

[وكله بأن يشتري عبدًا، فاشتراه معيبًا]

[٧١١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وكّله بأن يشتري عبدًا، فاشتراه مقطوع اليدين والرجلين جاز. وقالا: لا يجوز. ولو قال: "اشتر لي عبدًا ليخدمني" أو "يخبزَ لي" لم يجز في قولهم.[٣]

---

١ انظر: الأصل، ١١/٤٥٤، ٤٥٥؛ شرح مختصر الكرخي، ٤١٠ظ.

٢ انظر: الأصل، ١١/٢١٨، ٢١٩.

٣ انظر: الأصل، ١١/ ٢٥٨، ٢٥٩؛ شرح مختصر الكرخي، ٤١٢و.

لأبي حنيفة: أن الوكالة تضمنت ما يسمى عبدًا، وهذا عام في الصحيحِ والمعيبِ، فوجب حمل اللفظ على عمومه. ولا يقال: إن الله تعالى أمر بعتق رقبة، وقد فُهِم منه سلامة الأعضاء؛ لأن الرقبة عبارة عن الجملة، والعبد اسم لمن حصل فيه الرق، وليس أحدهما من الآخر في شيء. ويجوز أن يقال: لو وكله بشراء رقبة لم يجز المقطوع اليدين. ولأنا لم نعقل سلامة الأعضاء بظاهر الرواية، وإنما فهمناها بدلالة [اللفظ]. وكذلك الجواب عن قولهم: إن الله تعالى أمر بالهدي واعتبرتم فيه صحة الأعضاء؛ لأنا لم نفهم ذلك بظاهر اللفظ. ولا يقال: إن العبد يراد للخدمة؛ لأنه قد يشترى للعتق.

لهما: أن المقصود من العبد المنافع، وهي معدومة في الأعمى والمقطوع [١٩٣ظ] اليدين. ولأن الوكالة عندهما محمولة على العادة، وفي العادة أن الإنسان يوكل بشراء الصحيح.

## [أمره أن يشتري عبدين بألف فاشترى أحدهما بستمئة]

[٧١٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أمره أن يشتري له عبدين بألف، وقيمتهما سواء، فاشترى أحدهما بستمئة: لم يلزمه الآمر [إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف][١] عند أبي حنيفة. وقالا: إن كان ذلك مما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من الألف ما يشترى به العبد الباقي: جاز.[٢]

لأبي حنيفة: أن قيمتهما لما تساوت انقسمت الألف عليهما، فكأنه قال: "اشتر لي أحدهما بخمسمائة". لهما: أن هذا القدر من الزيادة يدخل بين تقويم المقومين فلا تتيقن المخالفة. كمن أمر رجلا أن يشتري له عبدا، فاشتراه بزيادة يتغابن في مثلها. وهذا يبطل بمن وكل رجلا ببيع عبدين بألف وقيمتهما سواء، فباع أحدهما بأقل من خمسمئة أن ذلك لا يجوز، وإن كان نقص مما يتغابن في مثله.

---

١ زيادة من الجامع الصغير، ٤٠٨.

٢ انظر: الأصل، ١١/٢٦٦؛ الجامع الصغير، ٤٠٨؛ شرح مختصر الكرخي، ١٤٤و.

## [وكله ببيع عبد فباع نصفه]

[٧١٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وكَّله ببيع عبد له فباع نصفه جاز. وقالا: لا يجوز.[١]

لأبي حنيفة: أن الوكالة ببيع الجملة يقتضي بيع كل جزء منها؛ بدلالة من وكَّل رجلا ببيع كُرٍّ بعينه فباع نصفه. ولا يجوز أن يقال: إن في تبعيض العبد ضرر، وليس في تبعيض الكر ضرر؛ لأن الضرر لا يحصل في النصف الذي عقد عليه، وإنما يحصل فيما بقي، والمخالفة في غير المعقود عليه لا تمنع العقد. ولأنه لو باع جميع العبد بهذا القدر جاز على أصله، وإذا بقي له نصف العبد فقد زاد له خيرًا. ولا يلزم على هذا: إذا وكله بشراء عبد فاشترى نصفه؛ لأن العبد بالشركة حاصل فيما عقد عليه، فجاز أن يكون المخالفة مؤثرة.

لهما: أن تفريق البيع في العبد يؤدي إلى الإضرار بالبائع؛ لأن الشركة عيب، والإذن بالبيع يتناول ما لا ضرر فيه، أصله: إذا نقص من الثمن نقصانا كثيرا.

## [وكله بالبيع فباع ثم أقال]

[٧١٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وكَّله بالبيع، فباع ثم أقال: لزمه المال للموكل، وكان المبيع له، وهو قول محمد. وقال أبو يوسف: يجوز الإقالة والثمن بحاله.[٢]

[١٩٤و] أما صحة الإقالة: فلأن الملك انتقل بتراضيهما فصار كالبيع المبتدأ. وأما سقوط الثمن عن ذمة المشتري: فعلى اختلافهم في براءة الوكيل.

---

١ انظر: الأصل، ٢٦٧/١١؛ الجامع الصغير، ٤٠٨، ٤٠٩؛ شرح مختصر الكرخي، ٤١٤و.

٢ الأصل، ٢٦٨/١١.

[وكله بشراء عبد فاشترى نصفه]

[٧١٥.] مسألة قال أبو يوسف: إذا وكَّل رجل رجلا أن يشتري له عبدا فاشترى نصفه: جاز عتق الآمر فيه، ولم يجز عتق الوكيل. وقال محمد: يجوز عتق الوكيل فيه دون الموكل.[١]

لأبي يوسف: أن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء لنفسه، فوقف على حكم ملك الآمر، فإذا أعتقه كان إجازةً فنفذ عتقه. لمحمد: أن الوكيل لما خالف ما أمره به لزمه ذلك، وثبت العزل من جهة الحكم، وإذا ملك جاز عتقه.

[وكله ببيع فاسد فباعه صحيحًا]

[٧١٦.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا وكَّله ببيع فاسد، فباعه بيعا صحيحا جاز استحسانا. والقياس: أن لا يجوز، وهو قول محمد.[٢]

لهما: أن البيع الفاسد يتضمن التمليك إذا انضم إليه القبض، فإذنه في البيع إذن في القبض، فصار مأمورا بالتمليك، وهذا موجود في البيع الصحيح. وليس كذلك إذا وكَّله بالبيع وشَرط الخيار؛ لأن ذلك لا يتضمن التمليك، وإن أقبض فكأنه قال: "لا تخرج الشيء من ملكي". ولأن الأمر بالبيع الفاسد يتضمن التمليك بنفس العقد إذا سلم المبيع أولا، وهذا المعنى موجود في العقد الصحيح. ولأنه يملك الأمر ولا يملك الفاسد، فلم ينفذ أمره فيما لا يملكه.

لمحمد: أن الموكل أمره ببيع يثبت له فيه خيار، فإذا باع بيعا صحيحا فقد أزال الملك بنفس العقد، فصار كما لو أمره أن يشرط الخيار فباع بيعا بتاتا.

---

١ انظر: شرح مختصر الكرخي، ٤١٤و.

٢ انظر: الأصل، ٢٨٣/١١.

وقد ذكر محمد في الأصل إذا قال الموكل: "بع عبدي هذا بعبد إلى أجل" فباعه بدراهم حالَّة لا يجوز. وقد قيل: إن هذا على الخلاف؛ لأنه أمره ببيع فاسد وذلك يتضمن الصحة، والمخالفة في البدل لا معتبر بها؛ لأن العبد المذكور لا يحصل له بالعقد، وإنما يستحق القيمة، وهي [١٩٤ظ] من جنس الدراهم والدنانير، فإذا باع بها جاز. وقد قيل: إنه قولهم؛ لأن أمره بالبيع الفاسد أكثر أحواله أن يجعل كالأمر بالبيع الصحيح، ولو وكله أن يبيع بثمن بعينه لم يجز بيعه بغير جنسه.

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذا وكله بأن يبيع عبده ويشترط الخيار شهرا، فاشترط ثلاثة أيام جاز؛ لأنه أمره بعقد فاسد فعقد عقدًا صحيحًا. وأما على أصل محمد: فلا يجوز؛ لأنه وكله بخيار فشرط ما هو دونه، وكذلك قول أبي يوسف. وهذا على أصلهما في جواز خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام.

[وكله بشراء عبد فاشتراه بمكيل بغير عينه]

[٧١٧.] مسألة قال في الأصل: إذا وكَّله بشراء عبد فاشتراه بمكيل بغير عينه: لم يلزم الآمر من غير خلاف. وفي بعض النسخ ملحقًا بالكتاب: وفي قياس قول أبي حنيفة يجوز. فمن أصحابنا مَنْ حَمَلَه على الخلاف؛ لأن الوكيل إذا اشترى بمكيل في الذمة فذلك ثمن، فصار كالدراهم. ولأن عموم الأمر يجوز اعتباره فيما سُمِّي شراء. وكان أبو بكر يقول: المسألة اتفاق؛ لأن الثمن غير مذكور في الوكالة، فلم يمكن اعتبار عمومه. وليس كذلك البيع؛ لأن المبيع مذكور فجاز اعتبار عمومه. وهذا ضعيف؛ لأن الثمن غير مذكور في المسألتين، فإذا جاز العقد بما هو ثمن لم يختص بنوع دون نوع.[١]

---

١ انظر: الأصل، ٩/١٧٤٤؛ شرح مختصر الكرخي، ٤١٣ظ، ٤١٤و.

[وكله بشراء عشرة أرطال لحم فاشترى ضعفها بنفس الثمن]

[٧١٨.] مسألة قال في الأصل: إذا وكَّل رجلا بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم، فاشترى عشرين بدرهم: لزم الآمر عشرة بنصف درهم. ولم يذكر خلافًا. وروى بشر عن أبي يوسف: أن جميعه للآمر استحسانًا.[١]

لهما: أنه أمره بشراء عشرة أرطال، فما زاد عليها لما يأمره به، والشراء لا يقف. ولأن العشرة مأمور بشرائها بالدرهم وبكل جزء منه؛ بدلالة أنه لو اشتراها بنصف جاز، فإذا اشتراها ببعض الدراهم فقد فعل المأمور به، والزيادة غير مأمور بها فلم تلزم من غير [١٩٥و] أمر.

لأبي يوسف: أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم، وظن أن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى عشرين فقد فعل المأمور به وزاده خيرا، كمن أمر رجلا ببيع عبد بألف فباعه بألفين.

[عزل الوكيل بغير طريق الرسالة]

[٧١٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أُخبِر الوكيلُ بالعزل على غير وجه الرسالة لم ينعزل حتى يُخبِره اثنان أو واحد عدل. وقالا: يخرج من الوكالة بقول الواحد، وإن لم يكن عدلا.[٢]

لأبي حنيفة: أن هذا الخبر يجري مجرى الشهادة؛ لما يتعلق به من الضمان بالتصرف، ويشبه أخبار المعاملات؛ لأن العزل عن الوكالة في المعاملات فوجب اعتبار الشبهين، فيثبت أحد شرطي الشهادة. ولا يلزم على هذا: خبر المخبر بالهدية، لأن أبا الحسن كان يقول: متى كان على طريق الخبر اعتبر أحد الشرطين. وإنما قالوا:

---

١ انظر: الأصل، ٢٩٣/١١.

٢ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٢٦٨/٣، ٢٦٩؛ شرح مختصر الكرخي، ١١٤و، ١١٤ظ.

يقبل قول الواحد؛ لأن الغالب أن الهدية يخبر عنها على طريق الرسالة. ولأن الهدية ليس فيها إيجاب ضمان، والخبر في مسألتنا يقتضي قطع حق الوكيل. ولا يقال: فلم جاز قبول خبر اثنين غير عدلين؟ لأن عدد المخبرين له تأثير؛ بدلالة أن خبرهم قد يُفضي إلى العلم مع عدم العدالة. ولا يلزم: إذا أخبره بالعزل على طريق الرسالة؛ لأنه حاكٍ لقول المرسِل، فصار كأن المرسل شافهَ بالعزل، فلا تعتبر صفاته.

لهما: أن العزل نهي عن التصرف، والنهي يصح إثباته بقول الواحد. ولأنه من أخبار المعاملات كالهدية. ولأن ابتداء الوكالة يثبت بقول الواحد، فكذلك فسخها؛ ألا ترى أن البيع لما ثبت ابتداؤه بقول اثنين ثبت فسخه به.

[ادعى وكالة من غائب بالقبض فصدقه المدين]

[٧٢٠.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا ادعى رجل وكالة من غائب بقبض دينه فصدَّقه الذي عليه الدين: أُجبِر على الدفع، ولو كان في قبض عين لم يُجبَر. وروى الحسن [١٩٥ظ] عن أبي يوسف: أنه يجبر فيهما.[١]

لهما: أن العين ملك للغائب، فلو أمرنا بتسليمها لنفذ إقرار الحاضر في ملك الغائب، وهذا لا يجوز. وليس كذلك الدين؛ لأنه إذا أقر بالوكالة فتسليمه يقع في ملك نفسه؛ بدلالة أن الموكل لو حضر وجحد كان دينه بحاله، وفي مسألتنا إذا حضر فجحد كانت العين مفقودة.

لأبي يوسف: أن العين في الظاهر ملك لمن هي في يده، فإذا أقر فقد حصل إقراره في ملك نفسه في الظاهر، وصار كمن أقر لحاضر وغائب بعين أنه يؤمر بتسليمها إلى الحاضر.

---

١ انظر: الأصل، ١١/٣٢٦.

## [الوكالة في الرهن]

[٧٢١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وكّل بالبيع وأخذِ الرهن، فأخذ رهنًا قيمته أقل من الثمن بما لا يُتغابَن في مثله جاز. وقالا: لا يجوز.[١]

لأبي حنيفة: أنه لو باع العين بمقدار قيمة الرهن جاز، فإذا باع بالزيادة فقد زاده خيرًا. وهما بنيا على أصلهما: أن البيع بالنقصان لا يجوز، وقد أمره بأخذ وثيقة بالثمن، والنقصان الكثير لا يجوز في الثمن، فكذلك في الرهن.

## [الوكالة بالعتاق]

[٧٢٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وكَّله بعتق نصف عبده فأعتقه كله: لم يجز. وقالا: يجوز.[٢] لأبي حنيفة: أن العتق يتبعض، فإذا أمره بعتق البعض فأعتق الكل كان مخالفا، كمن أمر أن يبيع نصف عبده فباع جميعه. وعلى أصلهما: الأمر بعتق البعض أمر بعتق الجميع، فقد فعل ما أمره به، فجاز.

## [الوكالة في النكاح]

[٧٢٣.] [مسألة] قال في الأصل: إذا أمره أن يزوجه امرأة بعينها فزوجها بمهر لا يُتغابَن في مثله لم يلزم الآمر إلا أن يرضى. وهذه المسألة يجوز أن تكون على الخلاف، فيصح النكاح عند أبي حنيفة على أصله في اعتبار عموم الأمر، وعلى أصله في الأب يزوج ابنه امرأة بأكثر من مهر مثلها. وعلى أصلهما: الوكالة مخصوصة بالعادة بدلالة الأثمان. ويجوز أن تكون المسألة قولهم جميعًا؛ لأن الوكيل بالتزويج موكل بتمليك منافع البُضع من الزوج، فصار كالوكيل بالشراء.[٣]

١ انظر: الأصل، ١١/٣٢٩.

٢ انظر: الأصل، ١١/٣٥٧، ٣٥٨.

٣ انظر: الأصل، ١١/٣٩٢.

قال: ولو وَكَّلَته بأن يزوجها [١٩٦و] فزوَّجها بأقل من مهر مثلها جاز عند أبي حنيفة؛ لأنه كالوكيل بالبيع. وعلى قولهما: لا يصح. ولو وكله أن يزوجه امرأة فزوجه من ليس بكفء له جاز عند أبي حنيفة؛ لأنه يتصرف من طريق الأمر، فاعتبر عموم أمره. وقالا: لا يجوز استحسانا؛ لأن الأمير في العادة لا يتزوج بأمة الغير، والوكالة محمولة على العادة.

قال: ولو وكله أن يزوجه فزوجه ابنته لم يجز في قول أبي حنيفة؛ لأن من أصله أن الوكيل لا يملك البيع والشراء في حق هؤلاء للتهمة. وينبغي على هذا الأصل إذا زوَّجها بمقدار مهر مثلها أن يجوز على إحدى الروايتين. وأما هما فقالا: إن كانت كبيرة فزوجها برضاها جاز على أصلهما: أنه يجوز الشراء منها. وكان أبو بكر يقول: يجوز في الصغيرة أيضا؛ لأنه سفير ومعبِّر في نكاحها كالكبيرة. ثم قال: لا يجوز؛ لأنه يتولى العقد من غير رضاها، ويستحق المطالبة بالمهر والنفقة، ويلزمه تسليمها، فكأنه من مال نفسه في الشراء.

قال: ولو وكله أن يزوجه فزوجة عمياء أو رتقاء أو مَعْتوهة: جاز في قول أبي حنيفة ومحمد. ولم يذكر قول أبي يوسف، فيجوز أن يكون قولهم جميعًا؛ لأن المعقود عليه الاستباحة وهي موجودة. ولأنهما اعتبرا صحة أعضاء العبد؛ لأن المقصود منهم الخدمة، وهذا المعنى لا يوجد في المرأة. وقد حُكِي أن في بعض النسخ قول أبي حنيفة وحده. وقولهما: لا يجوز، فاعتبر العادة.

قال أبو حنيفة: إذا وكَّله أن يُطلِّقَ امرأته واحدةً فطلَّقها ثلاثا لم يقع شيءٌ [خلافا لهما][1] أنه تقع واحدة، وقد مضت في الطلاق.

---

١ وفي المخطوط: خلافهما، ولعل ما أثبت هو الصواب.

## [شهادة المولِيين على طلاق أمتهما]

[٧٢٤.] مسألة قال أبو يوسف: إذا شهد موليا الأمة [على وكالة الزوج أمتهم][1] بطلاقها، وهي تدعي: لم يجز، وإن لم تدع جاز. وقال محمد: لا يجوز بحال.[2]

[وجه قول أبي يوسف]: أما إذا ادعت فالشهادة حق لها، فصارا متهمين في شهادتهما. وأما إذا جحدت فالشهادة حق لله تعالى؛ لِمَا يتعلَّق بها [١٩٦ظ] من تحريم الوطء فلم يُتَّهَما. ولأنهما لا يثبتان لأنفسهما حقًا؛ ألا ترى أن استباحة البضع لا ترجع إليهما، وإنما يمنعان الزوج من الوطء المحرَّم، فصار كالمنع من الزنا.

لمحمد: أنهما يُسقِطان بهذه الشهادة حقَّ الزوج عن بضعها، فيزول العيب وتكمل القيمة، وفي هذا منفعة لهما فلم يجز. ولأنهما مدعيين؛ بدلالة أن المولى إذا ادعى الطلاق كان خصمًا فلم تقبل شهادته. والجواب: أن المنفعة متى لم تكن موجبة بالشهادة لم تؤثر فيها؛ ألا ترى أن شهادة الغريمين بالقتل مقبولة وإن حلَّ دينهما، وشهادة الوارث بالزنا على موروثه مقبولة وإن ثبت له بذلك منفعة؛ لأنها ليست بموجبة بالشهادة. ولأنهما لو شهدا بطلاق أمهما جاز، وإن كان في ذلك إسقاط الشين عنهما. وقوله: "أنهما مدعيين" ليس بصحيح؛ لأنه لا يمتنع أن تقبل شهادة الإنسان فيما لا يدعيه، وإن كان لو ادعاه لم تقبل، كشهادة الزنا[3] لو شهدوا ابتداء قبلت شهادتهم، ولو ادعوا لم تقبل شهادتهم.

---

١ والزيادة من الأصل.

٢ انظر: الأصل، ١١/٤١٨، ٤١٩.

٣ هكذا في المخطوط، ولعلها: شهادة الزناة، والله أعلم.

## [الوكالة في إجارة الأرض]

[٧٢٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وكّل رجل رجلا بأن يستأجر له أرضا، فاستأجرها بمكيل أو موزون بغير عينه: جاز. وقالا: لا يجوز إلا بالدراهم والدنانير، وبما يخرج من المكيل والموزون بغير صنيعه.[1]

أما أبو حنيفة فبنى على أصله: أن الوكيل بالشراء يجوز شراؤه بالمكيلات والموزونات في الذمة؛ لأنها أثمان، وعموم اللفظ يتناولها. وهما: اعتبرا العادة في الشراء بالدراهم والدنانير خاصة، وقالا في الإجارات: يجوز بما يخرج منها؛ لأن ذلك معتاد فيها أيضا.

وأما إن آجر له أرضا مزارعة لم يجز في قول أبي حنيفة؛ لأن من أصله: أنها فاسدة. وجاز عندهما: لأنها من نوع الإجارات؛ ولهذا لا يجوز إلا على مدة معلومة، فتناولها اللفظ.

## [الوكالة في الشفعة بالعروض]

[٧٢٦.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا وكّله بطلب شفعة فسلّمها: جاز. وقال محمد: لا يجوز.[2] وهي فرع على الأب [١٩٧و] والوصي وقد بيناها. ووجه البناء: أن ملك الآخذ بالشفعة ملك التسليم، كالمالك. ومحمد يقول: إسقاط حق الموكل كالبراءة من الدين.[3]

## [وكالة المكاتب المرتدّ]

[٧٢٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وكّل المكاتب المرتد جازت وكالته. وقال أبو يوسف ومحمد: هو كالصحيح.[4] وإنما فرّق أبو حنيفة بينه وبين الحر: لأن

---

١ انظر: الأصل، ١١/٤٣٥،

٢ أي: لا يجوز تسليمه للشفعة على الذي وكله، ويجوز قوله عليه وإقراره أنه قد سلمه.

٣ انظر: الأصل، ١١/٤٤٢.

٤ انظر: الأصل، ١١/٤٥٤، ٤٥٦.

الفيء لا يتعلق بماله؛ ألا ترى أن حق المولى متعلق به، وإذا لم تؤثر ردته في زوال ملكه جاز تصرفه. وأبو يوسف يقول: المرتد وغيره في التصرف سواء، فلا يختلف بالمكاتب والحر.

## [الوكالة في الصلح في الشجاج]

[٧٢٨.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وكَّل رجلا بالصلح عن شجة فصالحه على مال، ثم مات المشجوج: انتقض الصلح، وكان الأولياء على دعواهم. فإن كان الموكل أقر بالشجة لزمه الدية، وإن لم يكن أقر خاصموه فيها. وقالا: الصلح جائز ولا شيء للأولياء.[١]

أما أبو حنيفة فبنى على أصله: أن الصلح في الشجة لا يكون صلحًا عما يؤدي إليها، فإذا سرت فقد تبينا أن الحق كان غير الشجة، وهو وكيل بالصلح عن الشجة فلم يجز صلحه عما لم يُوكَّل به. وعلى قولهما: الوكيل بالصلح عن الشجة وكيل بالصلح عما يؤول إليها، كما قالا: إن البراءة من الشجة براءة منها ومما يؤول إليها، فصار موكلا بهما جميعا فجاز الصلح.

وقد قال أبو حنيفة: لو وكله بالصلح من الشجة، فصالح منها ومما يحدث منها على خمسمئة، فبرأ المشجوج: وجب عليه ردُّ تسعة أعشار خمسمئة ونصف عشرها؛ لأنه صالح من الشجة وغيرها، كمن أمر رجلا أن يشتري له عبدا بعينه بخمسمئة فاشتراه بأقل منها. ولا يقال: إن الصلح في المسألة الأولى قد وقع عن الشجة، فإذا آلت نفسا فقد وقع الصلح عن الشجة، فهلا جوَّزه أبو حنيفة في ذلك القدر؛ وذلك لأن الشجة خرجت من أن تكون حقا له؛ ألا ترى أن الواجب في النفس القصاص دونها.

---

١ انظر: الأصل، ١١/٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٦.

فأما إذا صالح من جناية الخطأ [١٩٧ظ] على خمسمئة أو من الشجة وما يحدث منها فكان أبو بكر يقول: يجوز أن يقال: إن ذلك جائز؛ لأن الموجب لشجة الخطأ خمسمئة، فكأنه وكله بأن يسقط الخمسمئة التي وجبت عليه بخمسمئة يدفعها، فإذا صالح عن الجناية وموجبها تارة خمسمئة وتارة الدية، فكأنه قال: "صالحتك عن الخمسمئة وعن حق آخر"، فصار كالوكيل بالصلح عن خمسمئة إذا صالح عنها وعن دين آخر. فإن كان الوكيل صالح عن الشجة وهي خطأ وما يحدث منها إلى النفس على خمسمئة، ثم برئ منها: فإن المشجوج يرد تسعة أعشارها ونصف عشرها، ويسلم له العشر عند أبي حنيفة؛ لأن الوكيل لم يخالف الموكل في الشجة، وإنما صالح عما زاد عليها، وهو غير مأمور به على قول أبي حنيفة، فوجب رده. فأما على قولهما: فهو مأمور بالصلح، إلا أن الرد يجب على ما قال أبو حنيفة.

وأما إذا مات منها فعليه رد جميع الخمسمئة على قول أبي حنيفة: لأن صلح الوكيل من النفس لم يجز على الموكل، وحكم الشجة قد سقط؛ لأنه لا أرش لها إذا صارت نفسا، فصار كأنَّ الوكيل تبرَّع بالصلح عن النفس على خمسمئة. فإن كان للمشجوج مال تخرج الدية من الثلث جاز الحط، والخمسمئة لازمة للوكيل إن كان ضمن وسقط الدم، وإن لم يكن ضمنها كان الصلح موقوفا على إجازة المطلوب. فأما إن لم يترك مالا غير الدية وقد ضمن الوكيل: فإنه يدفع الثلث من الدية، وأخذوا الخمسمئة من الوكيل، ورجعوا على الشاج بتمام الثلثين؛ لأن الوكيل لم يضمن إلا مقدار خمسمائة. قال أبو بكر: وينبغي أن يثبت للوكيل الخيار في فسخ الصلح؛ لأنه إنما ضمن الخمسمئة على أن يسقط الدم كله، فإذا لم يسقط كان له الامتناع. ولم يذكر محمد هذا الخيار، وهذا كله قول أبي حنيفة. وعلى قولهما: فالوكيل بالصلح من الشجة [١٩٨و] وكيل بالصلح مما يحدث منها، إذا مات جاز الصلح، ولم يلزم الشاج من ذلك شيء.

ولو أن الطالب وكل بالصلح في الموضحة خاصة، فصالحه منها ومما يحدث منها على عشرة آلاف،[١] ثم مات من ذلك: لم يجز الصلح وله الدية. ولم يبين الخلاف. وينبغي أن لا يجوز على قول أبي حنيفة: لأنه بمنزلة الوكيل بالبيع، وإن كان عمدا فهو موكل بإسقاط القصاص من الشجة، وليس له إسقاطه في النفس. ولا يجوز في مقدار الشجة؛ لأن الواجب هو القود. فأما إذا كان خطأ فهو مأمور بإسقاط أرش الشجة، وليست بواجبة، ولم يؤمر بإسقاط الحق عن الدية، فصار كالأجنبي. ولا يقال: إنه قد صالح عن المستحَق؛ لأن للقاتل أن يدفع عين الدراهم. وأما العمد فإنما سقط القود فيه لصلح الوكيل، وإن كان الواجب بالشجة النفس، ولم يكن الوكيل مأمورا بالصلح عنها؛ لأنه صالح من الشجة المأمور بها، فصار ذلك شبهة في درء القود، كالموكل لو صالح لم يجز الصلح فيما يحدث؛ لأنه لم يكن مأمورا به، فوجبت الدية.

وعلى قولهما: الطالب قد وكل بإسقاط النفس حين وكل بالصلح عن الشجة، فصار صلحه كصلح الموكل.

وقد ذكر بعد هذا إذا صالح على هذا العبد فإذا هو حرٌّ، أو على هذا الخل فإذا هو خمر: فعلى الموكل أرش الشجة في الوجهين جميعا في قياس قول أبي حنيفة؛ لأن التسمية تسقط مع الإشارة. وفي قياس قول أبي يوسف: يلزمه من الخمر خل مثلها، وفي الحر قيمته لو كان عبدا. وأما محمد فهو مع أبي حنيفة في العبد، ومع أبو يوسف في الخمر، وقد بينا هذا في النكاح.[٢]

ولو صالحه على عبدين فإذا أحدهما حر، فإن في قول أبي حنيفة: ليس له إلا

---

١ في المخطوط: ألف؛ ولعل الصواب ما أثبت.

٢ وهو في المفقود من الكتاب.

العبد الباقي. وفي قول أبي يوسف: له العبد وقيمة الحر لو كان عبدا. وفي قول محمد: إن كان العبد الباقي مثل أرش [١٩٨ظ] الشجة أو أكثر فليس له غيره، وإن كان أقل فله تمام الأرش. وهذا على اختلافهم في النكاح.

## [وكالة العبد مولاه في صلح الدية]

[٧٢٩.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قتل العبد رجلا فوكَّل مولاه بالصلح جاز صلحه فيما بينه وبين الدية إلا عشرة دراهم، وإن كانت الجناية دون النفس ولها أرش مقدَّر في الأحرار لم يبلغ به ذلك، وينقص منه بحسابه من العشرة التي تحط في الدية، فيعتبر في فقأ العين خمسة آلاف[1] إلا خمسة درهم، وفي الموضحة خمسمئة إلا نصف درهم. وقال أبو يوسف في الصلح: جائز فيما دون النفس على القليل والكثير ما لم يبلغ الدية، فإذا بلغ الدية نقص منه أحد عشر درهمًا، وأما النفس فكما قالا. وهذا قوله الأول، ثم رجع فقال: الصلح جائز في النفس، وما دونها على ما تراضيا عليه.[2]

**لهما:** أن ضمان العبد ضمان الجنايات في النفس وفيما دونها، فلم يجز أن يتجاوز به مقدار الأرش كالحر. وعلى أصل أبي يوسف: ضمانه ضمان الأموال، فالواجب فيه كمال القيمة، فصار كسائر الأموال. وكان قوله الأول: أن النفس ضمانها ضمان الجنايات، وما دونها ضمان الأموال؛ ولهذا لا تتحمله العاقلة، فاعتبر فيه ما يبلغ، إلا أنه لا يبلغ ما يجب في النفس، فإذا كان في النفس عشرة آلاف[3] إلا عشرة وجب أن ينقص من ذلك شيء، فاعتبر النقصان بدرهم. وهذا ليس بصحيح؛ لأن ما

---

١ في المخطوط: ألف، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ انظر: الأصل، ١١/٤٩٦.

٣ في المخطوط: ألف، ولعل الصواب ما أثبت.

دون النفس وإن لم تتحمله العاقلة فإنه يجري مجرى الجنايات؛ بدلالة أن المال لو أقر به لم يلزمه، ولو كان ضمانه ضمان الأموال للزمه. وهذا كله في الخطأ، فأما العمد فيجوز في النفس على أكثر من الدية؛ لأن الواجب فيه القصاص، وما دون النفس موجبه المال فيصير كالخطأ.

## [الوكالة بشراء الدور]

[٧٣٠.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وكَّل بشراء دار ولم يسمّ له ثمنًا: لم يجز، وإن سمَّى الثمن جاز، وكان على دُوْر المصر، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع وقال: [١٩٩و] لا يجوز وإن سمَّى الثمن، وهو القياس.[1]

وجه القياس: أن جهالة الدور كجهالة الجنس؛ بدلالة أنها تختلف بالبلاد كالهروي والمروي، وبالمحالّ كالأنواع، وبالدروب، فصارت كالثياب. إلا أنهما استحسنا: لأن العادة جارية أن الموكل يشتري دارًا في البلد الذي هو فيه، وإن أراد غيره سمَّى، والمعتاد كالمنطوق، فصار الجنس معلومًا، ومعه مقدار الثمن، فجاز.

## [وكله ببيع فباعه نسيئة]

[٧٣١.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وكَّل رجلا ببيع شيء جاز بيعه نسيئة. وقال أبو يوسف: إن قال: "بعه لأقضي بثمنه ديني" أو "أشتري به دقيقًا لأهلي" لم يجز بيعه إلا نقدًا.[2]

فيجوز أن يكون هذا قولهم؛ لأن دلالة الحال تؤثر في الكلام، فكأنه قال: "بعه بما يمكن قضاء الدين منه". وقد قالوا: لو أمره بشراء جارية للوطء لم يجز أن يشتري ذا

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٧٥/٤، ٧٦؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٩١/٣، ٢٩٢.

٢ انظر: الأصل، ٢٧٢/١١، ٢٧٣؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٨٦/٣.

رحم محرم. ولو أمره أن يشتري عبدا للخدمة لم يجز مقطوع اليد والرجل.

ويجوز أن تكون المسألة على الخلاف، ويقال في وجه قولهما: إن قوله: "لأقضي بثمنه ديني" يدل على أنه يبيع بالجنس الذي يمكن قضاء الدين منه، فأما التعجيل فلا يقتضيه اللفظ؛ ألا ترى أن الدين الذي عليه يجوز أن يكون مؤجَّلا.

## [وكالة الصبي والعبد بالبيع]

[٧٣٢.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا وكَّل عبدا محجورا أو صبيا بالبيع: جاز، والعهدة على الآمر. وقال أبو يوسف: إن لم يعلم المشتري أن بائعه محجورا كان بالخيار.[١] وهذا يجوز أن يكون قولهم؛ لأنه دخل في العقد ليلتزم له الحقوق، فإذا علم أن الحقوق لا تلزمه صار كالعيب. ولأنه لا يجوز إقراره بقبض الثمن، فصار كالمريض إذا كان عليه دين فأقر بقبض الثمن من المشتري لم يصدق، ويثبت للمشتري الخيار في الفسخ، كذلك هذا.

## [وكل مسلمًا ببيع عبد بألف، فباع بها وبخمر بعينها]

[٧٣٣.] مسألة قال في الجامع: إذا وكَّل مسلم مسلما ببيع عبد له بألف، فباع بألف ومئة رطل خمر بعينها، وسلَّم العبد فمات في يد المشتري: فالآمر في قياس قول أبي حنيفة بالخيار [١٩٩ظ] إن شاء ضمن المشتري جميع القيمة، وإن شاء ضمن البائع حصة الخمر من العبد. وقالا: له أن يضمن البائع جميع القيمة.[٢]

لأبي حنيفة: أن الخمر متى كانت بعينها فقد خالف في حصتها؛ لأنه مشترى بها؛ ألا ترى أن الأعيان لا تكون ثمنا، وهو مأمور بالبيع دون الشراء. وتضمين حصة ذلك

١ انظر: الأصل، ١١/٥٠٠؛ الجامع الصغير، ٤٠٩؛ شرح مختصر الطحاوي، ٣/٢٧٦-٢٧٨.

٢ انظر: الجامع الكبير، ٣١٨.

للمخالفة، ولا يضمن حصة الألف؛ لأن من أصله: أن من وكَّل رجلا ببيع عبده فباع نصفه جاز، ولم يصر مخالفا. وليس كذلك إذا كانت الخمر بعينها؛ لأنها ثمن، فلم يخالف في البيع، وصار كمن وكل ببيع عبد بألف، فباعه بألف ومائة.

وأما على قولهما: فالبيع بحصة الخمر لا يجوز، فبقي بيع البعض بالألف، ومن أصلهما: أن من وكل ببيع عبد فباع نصفه لم يجز.

قال أبو الحسن: وقد ذكر ابن سماعة عن محمد فيمن وكل رجلا ببيع عبد بألف فباع نصفه بألف: أن البيع جائز؛ لأنه حصل له الألف المقصودة، وبقي على ملكه بعض العبد فزاده خيرا.

قال أبو الحسن: وكانت مسألة الجامع تشكل على هذه الرواية، لأنه حصل الألف المقصودة وزاده خيرا بتبقية بعض العبد، ثم ظهر لي الفرق: وذلك أن البيع فاسد في حصة الألف عندهما فلا يجب المسمى، وإنما تجب القيمة فلم يحصل المقصود، فلذلك جعلاه مخالفًا.

## [تضمين الوكيل الآمر]

[٧٣٤.] مسألة قال أبو يوسف: إذا أمره بالبيع، ونهاه أن يسلم المبيع حتى يقبض الثمن فسلمه: كان للبائع أن يضمن الآمر إن هلك المبيع في يد المشتري. وقال محمد: ليس له ضمانه.[١]

لأبي يوسف: أن حبس المبيع وثيقة للثمن، فجاز اشتراطه على الوكيل مثل أن يقول: "لا تبعه إلا برهن". ولأنه محبوس لاستيفاء مال، فصار كالرهن في يد عدل.

لمحمد: أن تسليم المبيع بعد العقد لا يتعلق بالوكالة، وإنما هو حق يثبت له من جهة العقد؛ بدلالة أنه لو عزله عن الوكالة لم يصح عزله. وإذا كان تسليمه لحق العقد كان الخيار إليه كالمالك.

---

١ انظر: الأصل، ١١/٢٨٧، ٢٨٨.

## [خيار مشتري في شراء عبد رجلين من فضولي]

[٧٣٥.] مسألة [٢٠٠و] قال أبو يوسف: إذا قال: "اشتر مني هذا العبد فإنه لفلان وفلان، ولم يأمراني ببيعه فلعلهما يجيزا" فاشتراه، فأجاز أحدهما وردَّ الآخر: فالمشتري بالخيار. وقال محمد: لا خيار له.

لأبي يوسف: أن البيع في النصفين وجب صفقة واحدة، ومتى أجازه أحدهما تفرقت الصفقة، فصار كموت أحد العبدين قبل القبض. لمحمد: أن المشتري دخل على علم منه بالتفريق؛ ألا ترى أن أحدهما قد يجيز والآخر قد يرد، ولا يكاد يتفقان على الإجازة، فإذا كان عالما بهذا المعنى لم يكن له الخيار.

## [تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة]

[٧٣٦.] مسألة قال أصحابنا: إذا تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة: لم يجز. وعن أبي يوسف: جوازه. ولا يختلفون في الوصي والوارث إذا تصرفا قبل العلم أنه لا يجوز. وأما المأذون إذا تصرف وهو لا يعلم بالإذن ففيه روايتان.

لهما: أن تصرف الوكيل من طريق الأمر، والأوامر لا يثبت حكمها قبل العلم، كأوامر الله تعالى. ولأن الوكالة لم تتم من جهة الموكل، فصار كالإيجاب من غير قبول إذا تصرف المشتري. وليس كذلك الوصي؛ لأن الوصية تمت من جهة الموصي على وجه لا يحلقه الفسخ، ولم يبق إلا حق الوصي، فقام تصرفه مقام قبوله، مثل البيع المشروط فيه الخيار للمشتري. لأبي يوسف: أن المانع من تصرف الإنسان في ملك غيره عدم إذنه، والإذن قد حصل فوجب أن يجوز.

وأما المأذون فقال في إحدى الروايتين: لا يجوز تصرفه؛ لأن ذلك من طريق الأمر فلم ينفذ قبل العلم. وفي الرواية الأخرى قال: إن الإذن يتضمن إثبات الدين في رقبة العبد وكسبه، وهذا المعنى يملكه المولى من غير رضى العبد، فلم يقف على علمه.

## [وكله بشراء عبد بغير عينه بالدين الذي عليه]

[٧٣٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وكله بأن يشتري له بالدين الذي عليه عبدا بغير عينه: لم يجز. وقالا: الوكالة صحيحة والشراء للموكل، وقد مضت في البيوع.[1] [٢٠٠ظ]

* * *

١ وهو في المفقود من الكتاب. ] والمسألة في الجامع الصغير، ٤١٠؛ مختصر اختلاف العلماء، ٧١/٤.

# كتاب الحوالة والكفالة

## [براءة المحيل بالحوالة]

[٧٣٨.] مسألة قال أصحابنا: المحيل يبرأ بنفس الحوالة. وقال زفر: لا يبرأ.[١]

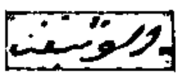
لنا قوله عليه السلام: «من أحيل على مليء فليتبع»[٢] فلولا أن المحيل يبرأ لم يكن لشرط الملاء في المُحال عليه معنى. ولأن الحوالة مأخوذة من التحويل، ويستحيل أن يُحوَّل الشيءُ عن مكانه وهو فيه. وليس كذلك الكفالة؛ لأنها مأخوذة من ضم الشيء إلى الشيء، وهذا لا يكون إلا مع بقاء الأول.

لزفر: أن الحوالة لا تصح إلا بما هو مضمون في ذمة المحيل؛ ألا ترى أنهما لو تصادقا أنه لا دين للمُحال بطلت الحوالة، فلو برئ من الدين لمنعت براءته من صحته. ولأنه إثبات ضمان على وجه الوثيقة[٣] كالكفالة. وهذا ليس بصحيح، أما الكفالة فقد بينا الفرق فيها. وأما البراءة بالعقد فهي من موجَبه، وموجَب الشيء لا ينافيه؛ ألا ترى أن الوكيل بالبيع ينعزل، ولا يصير كأنه باع بعد العزل، والتراجع يبطل به حقية العدة، ولا يصير كأنه راجع بعد انقضاء العدة.

---

١ انظر: الأصل، ٣٧١/١٠؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٧٠/٤، ٢٧١؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٢١/٣؛ شرح مختصر الكرخي، ٤١٥و.

٢ صحيح مسلم، ١١٩٧/٣ (١٥٦٤)؛ سنن ابن ماجه، ٤٩٥/٢ (٢٤٠٣).

٣ وصورته في المخطوط: 

[الكفالة بمال الكتابة]

[٧٣٩.] مسألة قال أبو حنيفة: لا تجوز الكفالة بالسعاية على أصله؛ لأن المستسعَى مكاتب، والكفالة بمال الكتابة لا تصح. وقالا: الكفالة جائزة على أصلهما أنه حر عليه دين.[١]

[التسليم في غير المصر الذي كفل به]

[٧٤٠.] مسألة قال أبو حنيفة: وإذا تكفل بنفس رجل على أن يسلمه في مصر فسلمه في مصر آخر برئ. وقالا: لا يبرأ حتى يسلمه في المصر الأول.[٢]

لأبي حنيفة: أن المقصود من الكفالة إحضاره للمحاكمة، وهذا المعنى ممكن في المصرين، فصار اختلافهما كاختلاف المحلتين. ولأن الحكم لا يتغير بقاضي بلد دون بلد، فلا معنى للتعيين. لهما: أن الطالب قد يكون له شهود في البلد فلا ينتفع بتسليم المكفول به في غيره، فصار كما لو سلَّمه في مفازة. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الكفيل لم يتكفل بحق به شهود، ويجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون. ولأنه يمكنه أن يأخذ [٢٠١و] كتاب القاضي من ذلك البلد إلى هذا. ولأن ما قالاه يقتضي أن يجوز التسليم في بلد آخر إذا كان الشهود قد انتقلوا إليه.

[الكفالة بالحد وبالقصاص]

[٧٤١.] مسألة قال أصحابنا: لا تصح الكفالة بنفس الحد ولا بنفس القصاص.[٣]

وأما الكفالة بالنفس في ذلك فقد ذكر أبو الحسن عن أبي حنيفة أن المدعى عليه إذا أنكر وطلب المدعي كفيلًا لنفسه، وقال: "بينتي حاضرة": فإنه لا ينبغي للقاضي أن

---

١ انظر: الأصل، ١٠/٤١٦؛ شرح مختصر الكرخي، ٤١٥و.

٢ انظر: الأصل، ١٠/٣٧٢.

٣ انظر: الأصل، ١٠/٥١٤.

يأخذ منه كفيلا. ولا كفالة في النفس ولا فيما دونها. وقال في موضع آخر: ولو تكفل بنفس رجل، والطالب يدعي قبله دم عمد أو قصاص فيها دون النفس أو حد في قذف أو سرقة: فالكفالة بالنفس في جميع ذلك جائزة، فحصل من هذا أن الكفالة بالنفس جائزة، وإنما لا يأخذه بها القاضي عند أبي حنيفة. وقالا: للقاضي أن يأخذ بها.

وكان أبو بكر يقول: ما ذكره هو الأولى، والأحوط وأن[١] لا يبتدئ المدعى عليه بمطالبة الكفيل. فأما إذا بدأ هو فأعطى الكفيل جاز. وحكى أبو عبد الله عن أبي الحسن أنه كان يقول: يجب على قياس قول أبي حنيفة في جواز الوكالة في الخصومة بالحدود والقصاص أن تجوز الكفالة بالإحضار. وقد بينا هذه المسألة.

## [الكفالة بالنفس والمال]

[٧٤٢.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: الكفالة بالنفس والمال لا تصح إلا بمحضر من المكفول له إلا في مسألة واحدة وهو أن يقول المريض لورثته: "اضمنوا عني ديني"، فضمنوه والغرماء غُيَّب: جاز ذلك استحسانًا. وقال أبو يوسف: تجوز الكفالة إذا أجازها المكفول له، وإلا لم تجز. وقال في موضع آخر: تجوز، ولم يذكر الإجازة. وذكر الطحاوي قول أبي يوسف ومحمد معًا، وقال: وقد روى بعض الرواة هذا الخلاف عن أبي يوسف وحده، وهو الصحيح.[٢]

لهما: أن الكفالة عقد يقف على رضى الغير فلا يقف على غائب من المجلس، كالبيع. ولأنه عقد يلحقه الفسخ كسائر العقود. وهذا هو القياس في مسألة [٢٠١ظ] المريض. وإنما استحسن لأن الوارث قام مقام الميت، والدين مستحق من ميراثهم،

---

١ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: أن، بدون الواو.

٢ انظر: الأصل، ٣٧٤/١٠؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٩٥/٤، ٢٩٦؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٣٣/٣، ٢٣٤.

فجاز أن يضمنوا، ويقوموا مقام الميت من غير حضور صاحب الحق، كما يقومون في تنفيذ الدين مقامه.

وأبو يوسف: ذهب إلى حديث قتادة أنه قال في شأن الميت: «هما عليّ، والميت منهما بريء».[١] وهذا عندنا محمول على إخبار عن كفالة متقدمة. ويجوز أن يكون بناها على أصله أن قوله: "تكفلت جميع العقد" كقول المرأة: "زوَّجت نفسي من فلان": فيقف على غائب من المجلس، وإن قال: إنها لا تفتقر إلى القبول. ولأن الكفالة حق يوجبها الكفيل لغيره، وليس فيه ضرر عليه فلا تقف على القبول، كالبراءة. وهذا ليس بصحيح؛ لأنها إثبات ضمان بعقد الرهن.

[٧٤٣.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدًا فهو كفيل بما له على رجل آخر أو بنفسه: جاز. وقال محمد: الكفالة بالنفس جائزة، والكفالة بالمال باطلة.[٢]

لهما: أن موافاة فلان يجوز أن تكون سببا لاستيفاء المال من الآخر؛ لأنه كفيله، فجاز أن يشترط ما عليه من الضمان، كما لو قال: "إن لم أوفيك به فعليَّ ما عليه". ولأنهم لا يختلفون أنه لو علم أن المكفول بنفسه كفيل عن فلان بالمال جازت هذه الكفالة، فكذلك وإن لم يعلم؛ لأن العقد وُجِد في الصحة.

لمحمد: أن هذا تعليق مال بخطر، فصار كقوله: "إن سقط الحائط فعليَّ كذا". وهذا هو القياس عنده إذا قال: "تكفلت بنفس فلان فإن لم أوافك به فعليَّ ما عليه"، ولكن ترك القياس تشبيها بضمان الدَّرَك.[٣]

---

١ سنن الدارقطني، ٥٤/٤ (٣٠٨٤).

٢ انظر: الأصل، ٣٧٩/١٠، ٥٧٢.

٣ ضمان الاستحقاق دون رد الثمن بالعيب. طلبة الطلبة، ١٤٣.

## [الكفالة بالنفس فإن لم يوف فعليه مال]

[٧٤٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا تكفل بنفس رجل، وقال: "إن لم أوافك به غدا فعليَّ ألف درهم" جازت الكفالة، وهو قول أبي يوسف الثاني. وقال محمد: لا يلزم الكفيل.[١]

لهما: أن دخول المتعاقدين في العقد اعتراف منهما بصحته إذا كان له وجه من الصحة حمل عليه، فيجوز أن يكون الألف على المكفول به، فعلق ضمانها بترك الموافاة [٢٠٢و] به، فتصح الكفالة، كما لو قال: "إن لم أوافك به غدا فلك الألف التي تدعي عليه". ولا يلزم عليه: إذا اعترف الطالب أنه لا مال له على المطلوب؛ لأنه لا يمكن حمل العقد على الصحة فبطل. لمحمد: أن هذا تعليق مال بخطر وهذا لا يصح، كقوله: "إن لم أدخل هذه الدار فعليَّ كذا".

## [الكفالة بالأعيان]

## [الكفالة بالعقار]

[٧٤٥.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قال لآخر: "إن غصبك فلان ضيعتك فأنا ضامن" لم يصح على أصلهما: أن العقار لا يضمن بالغصب. وقال محمد: يصح على أصله أنه يضمن كسائر الأعيان.

## [كفالة ذمي للذمي بخمر، ثم أسلم المطلوب]

[٧٤٦.] مسألة قال: ولو تكفل ذمي عن ذمي بخمر، ثم أسلم المطلوب برئ هو والكفيل في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة. وفي رواية عافية[٢] وزفر عنه أن

---

١ انظر: الأصل، ٣٧٩/١٠، ٣٨٠.

٢ عافية بن يزيد الأودي، نسبة إلى أود بن صعب بن سعد العشيرة. من أصحاب أبي حنيفة. انظر: الجواهر المضية، ٢٦٧/١.

على المطلوب القيمة، ولا يبرأ الكفيل، وهو قول زفر ومحمد.[1]

وهي فرع على اختلافهم في سقوط الخمر بإسلام المستقرض، فمن قال: يسقط من جميع الجهات صار كالبراءة، وبراءة المكفول عنه توجب براءة الكفيل. وعلى الرواية الأخرى: لا يبرأ، ولكن ينتقل إلى القيمة، وإذا لم يبرأ المطلوب لم يبرأ الكفيل، وقد بينا هذا الخلاف.

## [كفالة أهل الذمة بالخمر والخنزير]

[٧٤٧.] وقد قال أبو حنيفة: إذا تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير بغير عينه، وكفل بها نصراني:[2]

فإن أسلم الزوج فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذته بالقيمة، وإن شاءت أخذت الكفيل بالخمر؛ لأن الدين لم يسقط عن الزوج، فلم يسقط عن الكفيل. وهو قول محمد؛ لأنه يقول بقول أبي حنيفة إذا كانت الخمر بغير عينها. وليس للكفيل أن يرجع على الزوج بشيء في رواية أبي يوسف؛ لأنه كالمقرض للزوج، وإسلام المستقرض على الخمر يبطل الخمر، وعلى رواية عافية: تجب القيمة.

وأما إن أسلمت المرأة فلها القيمة في قول أبي حنيفة ومحمد، وليس لها على الكفيل شيء؛ لأنها كالمقرضة في حق الكفيل.

وإذا أسلم الكفيل فهي بالخيار إن شاءت أخذت الزوج بالخمر، [٢٠٢ظ] وإن شاءت أخذت الكفيل بالقيمة في رواية عافية. وفي رواية أبي يوسف، وهو قوله: يبطل كما يبطل عن المستقرض.

---

١ انظر: الأصل، ١٠/٥٥٨.

٢ انظر: الأصل، ١٠/٤٢٠.

وأما إذا كانت المهر خنزيرا بغير عينه: ففي قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن الكفيل يبرأ؛ لأن حقها يرجع إلى مهر مثلها، فيسقط الدين الذي هو الخنزير عن المكفول عنه، فيسقط عن الكفيل أيضًا. وأما محمد: فالخمر والخنزير عنده سواء في وجوب القيمة، فجوابه على ما بيناه في الخمر، إلا أنه يقول: إذا أسلم الكفيل والمهر خنزير كان لها أخذه بالقيمة؛ لأنه كالمستقرض، وللكفيل أن يرجع على الزوج بقيمة الخنزير، وفي الخمر لم يكن له أن يرجع على الزوج بشيء؛ لأنه لو أدى الخنزير حال الكفر كان له أن يرجع بالقيمة بعد الإسلام، ولو أدى الخمر لم يكن له أن يرجع بالقيمة بعد الإسلام. وإذا كان المشروط في العقد الخنزير فقد برئ الزوج منه، ولزمه غيره، فبرئ الكفيل ولم يلزمه مهر المثل في قول أبي حنيفة. وفي الخمر لم يبرأ منها؛ لأن القيمة بدل قائمة مقامها، ومهر المثل ليس ببدل عن الخنزير ولكنه بدل عن البَضْع، ومتى سقط أحد البدلين لم يضمن الكفيل بدلًا آخر.

وفي قول أبي يوسف: يجب في الوجهين مهر المثل، ولا يلزم الكفيل من غير الكفالة. وعلى قول محمد القيمة واجبة في الوجهين، وهي قائمة مقام الأصل، فلا يبرأ الكفيل في الوجهين.

## [كفالة المسلم بنفس المرتد]

[٧٤٨.] مسألة قال أبو يوسف: إذا تكفل مسلم بنفس مرتد في دين عليه فلحق بدار الحرب، أو ارتد بعد الكفالة ولحق بدار الحرب: أُجِّل الكفيل بقدر مسافته ذاهبا وجائيا، فإن أحضره وإلا حُبِس. وقال محمد: إذا قدر أن يأتي به أُخِذ به، وإن لم يقدر تُرِك ولم يحبس.[٣]

لأبي يوسف: أن عجزه عن تسليمه وهو في دار الحرب كعجزه عن ذلك وهو

٣ انظر: الأصل، ١٠/٤٢٨.

في دار الإسلام، فإذا لم تسقط المطالبة في أحد الوجهين كذلك الآخر. ولأنه يمكنه التخلص مما عليه بأداء المال الذي عليه، فوجب أن يحبس حتى [٢٠٣و] يُبرِئ نفسه.

لمحمد: أنه قد عجز عن تسليمه؛ لأن الغالب أن الإحضار من دار الحرب يتعذر، فصار كالعاجز عن أداء الدين بالإعسار فلا يحبس.

[الرجل يأمر الرجل بنقد المال]

[٧٤٩.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قال لآخر: "ادفع إلى فلان ألف درهم أو انقده" ولم يقل: "عني"، فدفعها المأمور: فإن كان خليطا رجع استحسانا، وإن كان أجنبيا لم يرجع. وقال أبو يوسف: يرجع عليه إذا كان حريفا له. وعنه: أنه يرجع في الوجهين.[١]

لهما: أن القياس ينفي الرجوع؛ لأن أمره بالتسليم لا يتضمن إيجاب ضمان عليه، والضمان لا يجوز إثباته إلا بلفظ يقتضيه. أصله: إذا أمره أن يُطعِم فقيرًا. ولأنه قد يأمره على طريق المشورة وبيان الأفضل، وقد يأمره على طريق الضمان، فلم يجز إثبات الضمان بالشك. وإنما استحسنوا في الخليط؛ لأن عقد الشركة يوجب قضاء ما يلزم أحدهما من الدين بتصرفه، فصار أمره منصرفا إلى ما اقتضته الشركة، وهذا المعنى لا يوجد في الأجنبي.

لأبي يوسف: أن العادة جارية في الحريف أن يأمر بذلك من غير أن يذكر الضمان، والمعتاد كالمنطوق به. وعلى الرواية الأخرى: أنه أمره بالدفع، ولا فائدة لأمره إلا أن يصير مضمونا عليه.

[كفالة القاضي في دعوى المال]

[٧٥٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ادعى بينة حاضرة في مال كفله القاضي ثلاثة

---

١ انظر: الأصل، ١٠/٤٤٨، ٤٤٩.

أيام. وقالا: لا يُوقَّت في ذلك، ولكنه على قدر جلوس القاضي. وهذا لا خلاف فيه. وإنما أجاب أبو حنيفة على غالب العادة، وإنما المعتبر ما قالا من جلوس القاضي.[١]

[الرجوع على المحتال لفلس المحال عليه]

[٧٥١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قضى القاضي بفَلَس المُحال عليه لم يرجع على المحتال. وقالا: يرجع. وهي فرع على اختلافهم في مسألة الحجر، فعنده: أن الحاكم لا يحجر بالفلس، فتصرُّف المُحال عليه في هذه الحال كتصرفه قبله. وعندهما: أن الحاكم قد أبطل تصرفه فصارت ذمته كذمة الميت.

[براءة الكفيل]

[٧٥٢.] مسألة قال أبو يوسف: إذا قال المكفول له [٢٠٣ظ] للكفيل: "قد برئت من المال" ولم يقل: "إلي": فهو إقرار بالقبض، وللكفيل أن يرجع. وقال محمد: لا يكون له ذلك، ولا يكون إقرارًا.[٢]

لأبي يوسف: أنه أضاف البراءة إلى فعل الكفيل، والبراءة التي تقع بفعله تكون بالاستيفاء، فكأنه قال: "استوفيت منك". لمحمد: أنه يجوز أن يكون أراد بقوله: "برئت" لأني أبرأتك فبرئت، فلم يجز حمله على القبض بالشك. وليس كذلك إذا قال: "برئت إلي"؛ لأنه لا يكون إلا بالقبض فحُمِل عليه.

[إبراء الميت]

[٧٥٣.] مسألة قال أبو يوسف: إذا أبرأ صاحب الدين الميت من دينه فردَّ ذلك الوارث: بطلت البراءة في حقه، وسقط الدين عن كفيل الميت. وقال محمد: البراءة صحيحة.

---

١ انظر: الأصل، ١٠/٤٧٠، ٤٧١.

٢ انظر: الأصل، ١٠/٤٩٨؛ الجامع الصغير، ٣٧٢، ٣٧٣.

لأبي يوسف: أن الورثة تخلف الميت في ملكه وتقوم مقامه، فكان لهم أن يمنعوا من قبول البراءة، كما كان له ذلك في حال حياته. ولأن المطالبة تتوجه على الوارث، وتستحق من ماله، فصارت البراءة تتضمن الدين عن الوارث وعن الميت، فيجوز ردُّ الوارث في حق نفسه، وإن لم يجز في حق الميت، وصار كالدين على رجلين إذا أُبرِئا فقبل أحدهما وردَّ الآخر.

لمحمد: أن البراءة تقع للميت، والوارث يقوم مقامه في الضمان، فصار كالكفيل. ولو أن صاحب الدين أبرأ المطلوب لم يُعتَدّ برد الكفيل. ولأن في رد البراءة إلحاق ضرر بالميت، والوارث يقوم مقامه فيما يؤدي إلى نفعه دون الإضرار به؛ ولهذا المعنى لو أقر عليه بدين لم يقبل.

## [الحوالة على المدين فيدعي أنه من ثمن مبيع]

[٧٥٤.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فأحال الطالب عليه بها، ثم إن رجلا أقام البينة أن هذا المال من ثمن بيع باعه المدعي بأمر المستحق: لم تبطل الحوالة. وقال أبو يوسف: تبطل.[1]

وهي فرع على اختلافهم في براءة الوكيل. فعندهما: تجويز[2] براءته، فإذا أحال فالحوالة تفيد البراءة وهو يملك ذلك. وعلى قول أبي يوسف: لا تصح براءته، وقد بينا أنه وكيل فلم تجز الحوالة التي تفيد البراءة. [٢٠٤و]

## [الرجل يأمر الرجل بالضمان أو بالحوالة]

[٧٥٥.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: إذا قال لرجل: "اضمن لفلان الألف التي له عليّ" فضمنها ثم أداها: إنه متطوع في ذلك إلا أن يكون خليطا. وروى ابن أبي

١ انظر: الأصل، ٤٨٧/١٠.

٢ هكذا في المخطوط، ولعلها: تجوز.

مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، والحسن عن أبي حنيفة: أنه إذا قال: "اضمن لفلان عني" فضمنها ثم أداها رجع خليطا كان أو غير خليط. وقال أبو يوسف: إذا أداها رجع وإن لم يقل: "عني".[1]

لهما أن قوله: "اضمن" يحتمل أن يكون على وجه التبرع ويحتمل غيره؛ ألا ترى أن المتبرع يقول: "ضمنت عن فلان"، فإذا احتمل وجهين لم يجز صرف اللفظ إلى إيجاب الضمان إلا بلفظ يختص به. وهذا هو القياس إذا كان خليطا. وإنما استحسنوا؛ لأن السبب الموجب للخلط أن العادة جارية في الخليطين بالرجوع، فصار كالمنطوق. وليس كذلك إذا قال: "اضمن عنّي"؛ لأن معناه "اقض عني"، وهذا يفيد أن يملكه ما في ذمته بما يقضي عنه، فكأنه قال: "أقرضني، ثم اقض عني".

لأبي يوسف: أن الضمان عبارة عما ليس فيه تبرع، فكأنه قال: "تكفَّلْ عني".

## [الشهادة في الحوالة]

[٧٥٦.] مسألة قال أبو يوسف: إذا ادعى على رجل كفالة فأنكرها، فأقيمت عليه البينة وأخذ منه المال: رجع به. وقال زفر: لا يرجع.[2]

لأبي يوسف: أن الحاكم أسقط جحوده حين حكم عليه بالضمان بأمره، فلو لم يثبت الرجوع لأثبتنا الكفالة بغير أمره، وهذا لم يشهد به الشهود، فجرى ذلك مجرى من أنكر البيع فقامت عليه البينة أن له استيفاء الثمن. ولأن الكفيل قد يجحد الكفالة لينتفع المكفول عنه بسقوط الضمان، فصار كالمودع إذا طالبه السلطان بالوديعة فجحده: لم يتعلق بجحوده حكم. ذكر ذلك ابن شجاع في صاحب الوديعة إذا أخذه السلطان [و]استخرج ماله فأقر على المودع، فجحد المودع ذلك ليحفظ الوديعة.

---

١ انظر: الأصل، ١٠/٤٥٠، ٤٥١.

٢ انظر: الأصل، ١٠/٥٤٣.

لزفر: أن جحوده يتضمن إسقاط الرجوع، وذلك براءة للمكفول عنه، فقبلت البينة في حق المدعي، ولم تقبل في حق المدعى عليه؛ لاعترافه على نفسه بما يسقط الضمان.

[الكفالة على براءة المكفول عنه]

[٧٥٧.] مسألة قال أصحابنا: إذا تكفل على أن المكفول عنه بريء جاز، وكانت حوالة. وقال زفر: لا تصح [٢٠٤ظ] البراءة.

وهي فرع على أن الحوالة تفيد البراءة، فإذا شرط معناها في الكفالة صارت حوالة عُبِّر عنها بالكفالة: فتصح، كما لو عبّر عن السلم بالبيع. وزفر من أصله: أن الحوالة لا تفيد البراءة، والدين لا يصح ضمانه إلا مع بقائه على صاحب الأصل، كذلك هذا.

[اختلاف الضامن والطالب في الأجل]

[٧٥٨.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: إذا اعترف أنه "ضمن لفلان ألفا إلى سنة" وقال الطالب: "بل حالّةٌ" فالقول قول الذي ضمن. وقال أبو يوسف: القول قول الطالب. وهي رواية زفر عن أبي حنيفة.

لهما: أن الكفالة تتعلق بالشرط فاحتمل قوله: "ضمنتها إلى سنة" أن ابتداء الضمان يتعلق بذلك، ويحتمل أن يكون العقد وقع في الحال والتأجيل دخل عليه، فلم يجز إلزامه الضمان في الحال بالشك. وليس كذلك إذا أقر بدين مؤجّل؛ لأن الديون لا يصح ثبوتها بالشروط، فلم يمكن أن تثبت إلا في الحال، والأصل التأخير، ولا يصدق على الطالب. لأبي يوسف: أن الأجل شرط ملحق بالعقد، فلا يصدق مدعيه كالخيار والأجل في الأثمان.

[هل يكون تأخير الكفيل ثابتًا للأصل؟]

[٧٥٩.] مسألة قال في الأصل: إذا أخذ صاحب الدين بالمال كفيلا إلى سنة

جاز، والتأخير ثابت في حق صاحب الأصل. وروي عن أبي يوسف مثله.[١] وقال في موضع آخر: وهذا من الطالب تأخير عن الذي عليه الأصل.[٢] وروى ابن سماعة عن محمد: أن على الكفيل المال المؤجَّل، وعلى صاحب الأصل كما كان، وهو قول زفر.

وجه ما ذكره في الأصل: أن الذي في ذمة الكفيل هو الثابت في ذمة المكفول عنه؛ بدلالة أنه لو كان مؤجَّلا في الأصل فيكفل عنه صار مؤجَّلا، فصار التأجيل مشروطا في أصل المال، فلزم أحدهما على الوجه الذي يلزم الآخر. وليس كذلك إذا تكفَّل ثم أجَّل؛ لأن التأجيل يختص بما في ذمة الكفيل، ولا ينصرف إلى أصل الحق. وليس يمتنع أن يختلف ما يشترط في الابتداء وحال البقاء؛ بدلالة أنه لو شرط براءة المكفول عنه ابتداء [٢٠٥و] جاز، ولم يمنع ذلك من ضمان الكفيل. ولو أبرأه بعد الكفالة سقط ضمان الكفيل.

لمحمد وزفر: أن المال حالٌّ في الأصل، والمطلوب رضي بالتأجيل في حق الكفيل فلم يلزمه في حق غيره، كما لو حطَّ عنه.

### [تكفل بمال مؤجَّل فمات الكفيل]

[٧٦٠.] مسألة قال أصحابنا: إذا تكفل بمال مؤجَّل فمات الكفيل أخذ من تركته حالًا، ولم يرجع ورثته إلا بعد حلّ الأجل. وقال زفر: يرجع في الحال.[٣]

لنا: أن الدين مؤجَّل، وإنما حلَّ في حق الكفيل؛ لمعنى يختص به، فصار كما لو رضي بالتعجيل. ولأن المكفول عنه لم يلزم نفسه الرجوع إلا مؤجلا، فلم يجز إلزامه

---

١ انظر: الأصل، ٤٦٣/١٠.

٢ انظر: الأصل، ٤٢١/١٠؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٣٨/٣.

٣ شرح مختصر الطحاوي، ٢٣٨/٣.

على خلاف ما التزم. لزفر: أن حلول المال بالموت تعلق بعقد الكفالة التي أوجبها، فصار الرجوع بالتزامه فرجع عليه.

[رجوع العبد على مولاه بعد العتق]

[٧٦١.] مسألة قال أصحابنا: إذا تكفل العبد عن مولاه بأمره فعتق ثم أدّى: لم يرجع. وقال زفر: يرجع.[١]

لنا: أن عقد الكفالة وقع غير موجب للرجوع، فلم يوجب ذلك في الثاني، كما لو تكفل بغير أمره. ولا يلزم على هذا: إذا تكفَّل الأب عن ابنه الصغير بالمهر، فأخذ بعد موته أنه يرجع به على الصغير، وإن كان العقد لم يوجب ذلك؛ لأن العقد قد أوجب الرجوع، بدلالة أنه لو أشهد لرجع. ولو كان العقد لا يقتضي الرجوع لم يرجع بالإشهاد، كمن تكفَّل بغير أمره. وإنما لم يثبت الرجوع إذا لم يشهد للعادة في التبرع، وهذا قد سقط بالموت.

لزفر: أن الكفالة قد وقعت بأمره، وإنما لم يرجع حال الرق؛ لأنه لا يؤديه من مال السيد، وهذا المعنى يزول بالعتق.

[بطلان المال عن الكفيل من غير أداء ولا إبراء]

[٧٦٢.] مسألة قال أبو يوسف فيمن اشترى من رجل عبدًا بألف، ثم أحال رجلًا على الغريم بالثمن، ثم استحق العبد وكان حرًا: بطلت الحوالة. وإن رده بعيب أو مات قبل القبض [لا تبطل]. [٢٠٥ظ] وقال زفر: تبطل في الوجوه كلها.[٢]

لأبي يوسف: أن موت العبد ورده بالعيب لا يتبين به أن الثمن لم يكن ثابتًا، وإذا كان ثابتًا حال العقد لم يكن سقوطه بعد ذلك مانعًا من بقاء الحوالة. وليس كذلك الاستحقاق؛ لأنا نتبين به أن العقد كان فاسدًا، وأن الثمن لم يكن. لزفر: أن الحوالة

---

١ انظر: الأصل، ١٠/٤٠٢.

٢ انظر: الأصل، ١٠/٥٠٥، ٥٠٦.

تعلقت بذلك المال وقد سقط، فبطلت الحوالة. وهذا ظاهر على أصله في استحقاق أعيان الدراهم بالعقود.

## [تأجيل الدين بغيبة الكفيل والمكفول عنه]

[٧٦٣.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: إذا أجَّل صاحب الدين وليس بحضرته من يخاطب عن المطلوب لم يجز، وإن قبله قابل وقف على الإجازة. وقال أبو يوسف: يجوز ذلك؛ إلا أن يرده الغريم.[١]

لهما: أن التأخير حق يوجبه في الدين، فصار كالموجود في الابتداء. ومعلوم أن العقد في الابتداء لا يقف على غائب عن المجلس، فكذلك إذا أُلحِق في الثاني. وأما على قول أبي يوسف: فإن التأخير يوجب سقوط حق المطالبة في المدة فصار كالبراءة. ولأن من أصله: أن الكفالة لا تقف على قبول الغائب فالتأخير أولى.

## [بطلان البراءة بالرد]

[٧٦٤.] مسألة قال أصحابنا: البراءة تبطل بالرد. وقال زفر: لا تبطل.[٢]

لنا: أن البراءة من الدين يتضمن معنى التمليك؛ بدلالة أنه يملك بها ما في الذمة وتحصل المنفعة، فجاز أن ينفسخ بالرد كالتمليكات. وليس كذلك براءة الكفيل؛ لأنها لا تتضمن الانتفاع بمال في ذمة إنما تُسقِط عنه الحقَّ، فصار كالطلاق. لزفر: أن البراءة إسقاط حق، كالعتاق.

## [ضمان الأب عن ابنه وابنته]

[٧٦٥.] مسألة قال أبو يوسف: إذا ضمن الأب دينا لابنه الصغير على رجل

---

١ انظر: الأصل، ١٠/٢٧٧.

٢ انظر: الأصل، ١٠/٤٩٩.

جاز. وكذلك لو زوَّج ابنته وهي صغيرة، وضمن لها المهر. وقال زفر: لا يجوز في الوجهين.[١]

لأبي يوسف: أن الابن يثبت له ضمان على أبيه بعقده على نفسه. يدلُّك عليه إذا باع ماله [٢٠٦و] من نفسه فجاز أن يثبت الضمان بفعله أيضا، ولا شبهة في المهر؛ لأن الأب لا يثبت له حق القبض في المهر بالعقد، وإنما يثبت بالولاية، فيصير كالوكيل بالقبض فيصح ضمانه. وكذلك إذا كان الدين ثبت بغير عقده. فأما إذا كان ثبت بعقده فالفرق بينه وبين الوكيل بالبيع أن الثمن الذي يضمنه المشتري بالعقد كان يجوز أن يثبت في ذمة الأب بفعله، مثل أن يبيعه من نفسه، فلم يجز أن يضمن في الثاني.

لزفر: أن الأب من حكمه أن يكون أمينا فيما يقبضه لابنه كالوكيل، فلم يصح ضمانه.

[٧٦٦.] مسألة قال أصحابنا: إذا ضمن الأب عن ابنه مهر امرأته واستوفي من تركته: احتسبه من نصيب الابن. وقال زفر: لا يحتسب.[٢]

لنا: أن الأب لو ملك إيجاب ضمان في ذمته لرجع به في مال ابنه؛ بدلالة ما يشتريه من الأموال، فإذا ضمن عنه المهر تعلق بضمانه الرجوع، ولهذا إذا شهد يرجع، فإذا استوفي بعد الموت رجع به الورثة كما لو كان أجنبيا. وليس كذلك إذا أدَّاه في حال الصحة؛ لأن العادة أن ذلك على طريق الصِّلة والتبرع، فصار كأنه نطق به. وقد قالوا: لو اشترى الأب لابنه ثوبا فدفعه إليه في صحته، ثم أدَّى الثمن في مرضه أو بعد موته: لم يرجع على الابن؛ لأن التبرع حصل بالثوب، وذلك في حال الصحة، وفي التزويج حصل التبرع بالمهر وذلك بعد الموت، فثبت الرجوع.

---

١ انظر: الحجة على أهل المدينة، ١٦٣/٣-١٦٤؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٨٣/٢، ٢٨٤.

٢ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٢٨٣/٢.

لزفر: أن عقد الأب حصل على وجه لا يلزم، فلا يتعلق به رجوع، كما لو تكفَّل بغير أمره.

[ضمان العهدة]

[٧٦٧.] مسألة قال أبو حنيفة: ضمان العهدة باطل. وقالا: جائز.[١]

لأبي حنيفة: أن العهدة اسم للصحيفة، يقال: "كتبا بينهما عهدة". والصحيفة للمشتري فلم يجز أن يضمن له ملكه. لهما: أنا لو حملناه على الصحيفة لأبطلنا الضمان، والواجب حمله على الصحة.[٢]

[الكفالة عن ميت لم يترك وفاءً]

[٧٦٨.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا تكفل عن ميتٍ لم يترك وفاءً لم يجز. وقالا: يجوز.[٣]

لأبي حنيفة: أن هذا الدين أنقص من مال المكاتب؛ لدلالة أنه لا يتعلق بذمة ولا عين، ومال الكتابة [٢٠٦ظ] يتعلق بالذمة، فإذا لم تجز الكفالة بمال الكتابة فهذا أَوْلى. لهما: أن سقوط الدين مراعى؛ لجواز أن يظهر في الثاني، وذمة الكفيل يمكن الاستيفاء منها، فصار ابتداء الكفالة كبقائها.

[فيمن أراد قضاء دينه وأبى الذي له قبوله]

[٧٦٩.] مسألة قال أصحابنا: إذا قال لعبده: "إذا أدَّيتَ إليَّ ألفًا فأنت حرٌّ"، فحملها [العبد] أُجبِر [المولى] على قبولها. قال محمد: وقال بعض فقهائنا: لا يجبر

١ انظر: الجامع الصغير، ٣٨٠؛ شرح مختصر الطحاوي، ٣/٢٣٩.

٢ فهما يحملانه على ضمان الدرك.

٣ انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، ٥٦؛ الأصل، ١٠/٥٢٨.

على القبول، وأما أنا فأرى أنه إذا وضعه في موضع يتمكن المولى من أخذها عتق.[١]

وجه قولهم: ما روي أن امرأة اشترت أبا سعيد المقبري بسبعمئة درهم، ثم قدمت المدينة فكاتبته على أربعين ألفا قال: "فأديت إليها عامة المال" ثم حملت ما بقي فقلت: "هذا مالك فاقبضيه" قالت: "لا والله حتى آخذه منه شهرا بشهر وسنة بسنة" فرجعتُ به إلى عمر بن الخطاب وذكرتُ له ذلك فقال: "ادفعه إلى بيت المال"، ثم بعث إليها فقال: "هذا مالك في بيت المال، وقد عتق أبو سعيد، فإن شئت فخذيه شهرا بشهر وسنة بسنة، وإن شئت فخذيه".[٢] ولأن المولى علّق حريته بشرط تسليم الألف فإذا وفى لم يجز الامتناع، كسائر الشروط.

وما قاله محمد صحيح؛ لأنه إذا وضعها بحيث يتمكن من القبض فذلك تسليم؛ بدلالة أن المشتري يصير به قابضا. وجه قول من منع من ذلك: أن هذا عِدَة من المولى فلا يجبر على الوفاء بها، كقوله: "إن أعطيتني ألفا بعتك عبدي".

## [القاضي لا يأخذ كفيلًا في الحد]

[٧٧٠.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا ادعى حر قِبَل عبد قذفا، وأراد أن يأخذ منه كفيلا بنفسه وبنفس مولاه: لم يوكل، ولكن يلزمهما، فأقام البينة: فإن العبد يحبس، ويؤخذ من المولى كفيل. وقال أبو يوسف: أقبل البينة على العبد، ولا آخذ الكفيل من المولى.[٣]

أما أبو حنيفة فمن أصله: أن الشهادة لا تقبل في الحد إلا بحضور المولى؛ لأن

---

١ انظر: الأصل، ٢١٢/٥؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٨٤/٤، ٢٨٥؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٦٩/٨.

٢ سنن الدارقطني، ٢١٤/٥ (٤٢١٥)؛ السنن الصغير للبيهقي، ٢٢٤/٤ (٣٤٨١).

٣ انظر: الأصل، ٥١٩/١٠.

في ذلك استحقاق رقبة العبد أو إتلاف جزء منه، فصار كاستحقاق الأملاك. فإذا أقيمت البينة حبس العبد على أصله: أنه لا كفالة في [٢٠٧و] الحدود، وأخذ من المولى كفيل؛ لأن الحق لا يمكن استيفاؤه إلا بحضوره. وأما قبل إقامة البينة فلا يؤخذ كفالة على أصله. وأما أبو يوسف فمن أصله: أن إقامة الحد لا تقف على حضور المولى، فلا معنى لأخذ الكفالة.

* * *

# كتاب المأذون

## [الإذن للعبد في تجارة خاصة]

[٧٧١.] مسألة قال أصحابنا: إذا أذن المولى لعبده في نوع من التجارات كان إذنًا في الجميع. وقال زفر: لا يكون إذنًا إلا في ذلك النوع.[١]

وجه قولهم: أن تصرف المأذون ليس من طريق الأمر؛ بدلالة أن ما يلحقه من الديون لا يرجع به على المولى، ولهذا يجوز تصرف العبد النصراني فيما يتصرف فيه النصراني. وإنما سقط حق المولى بإذنه، فينفذ تصرفه كما ينفذ إذا أعتقه. ولأنه إطلاق من حجر كالبلوغ والعتق. ولأن الإذن في نوع يتضمن الإذن في جميع التجارات؛ بدلالة أنه قد يشتري البزَّ بالدراهم، ويشتريها بالعروض، ولا يتوصل إلى تحصيل ذلك العروض إلا بالشراء، وليس كذلك الوكيل؛ لأن تصرفه بالأمر بدلالة أنه يرجع بما يلزمه. ولا يلزم على هذا: ما رواه ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه إذا أذن لعبده في شراء ثوب أو بيعه لم يكن مأذونا؛ لأن هذا استحسان. ولأنه لا يقصد به في العادة الإذن وإنما هو استخدام، فلو جعلناه إذنا لم يتوصل المولى إلى استخدام العبد.

وجه قول زفر: أن الحجر يثبت لحق المولى، حتى لا تستحق الرقبة بالدين، فإذا أذن في نوع فقد رضي باستحقاقها فيه، فلم يجز استحقاقها في غيره.

---

١ انظر: الأصل، ٤٩٧/٨، ٤٩٨؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٢٥/٥، ٢٢٦؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤٨٥/٨، ٤٨٦.

وعلى هذا الخلاف قالوا: إذا اختلف المولى والغرماء في خصوص الإذن كان القول قول الغرماء؛ لأنا لو صدقنا المولى أنه خصَّ الإذن لكان إذنا في الجميع. وعلى قول زفر: القول قول المولى؛ لأن الإذن عنده يختص فكان القول قول من استفيد [منه] الإذن.

وكذلك قالوا: إذا قال [٢٠٧ظ] المولى: "أذنت في زمان دون زمان" أو "بلد دون بلد" لم يقبل قوله؛ لأنا لو صدقنا لصار إذنا عاما، كما يستفاد بالبلوغ. وعلى قول زفر: الإذن في ذلك يختص، فكان القول قوله.

## [ما يجوز للمأذون أن يفعل]

[٧٧٢.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز تزويج المأذون أمته. وقال أبو يوسف: يجوز. وقد بينا هذا في النكاح.[١] وذكر بعد هذا فيمن باع عبد الصغير بغير إذن وليه، فبلغ الصبي فأجاز: جاز عند أصحابنا. وقال زفر: لا يجوز. وقد مضت هذه المسألة في العبد إذا أوقف على واحد أنه يجوز من جهة غيره.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجوز تزويج الأب أمة ابنه من عبده. وقال محمد: يجوز. وجه قولهما: أن هذا العقد يجوز أن يؤدي إلى ضمان من غير منفعة؛ ألا ترى أنه لو باع الأمة لوجبت النفقة في رقبة العبد، وكذلك لو كاتبها فعتقت، فإذا جاز أن يؤدي العقد إلى ضرر لم يجز. وجه قول محمد: أن هذا العقد لا يتعلق به مهر ولا نفقة لحق المولى، ويؤدي إلى منفعة وهو ما يحصل من النسل؛ فلذلك جاز.

---

١ وهو في المفقود من الكتاب. | انظر: الجامع الصغير، ٤٦٠، ٤٦١؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/٥٠٦، ٥٠٧.

## [استيلاد المأذونة]

[٧٧٣.] مسألة قال أصحابنا: إذا استولد المولى المأذونة صارت محجورة استحسانا. وقال زفر: الإذن باق.[١]

وجه القياس: أن الاستيلاد لا ينافي ابتداء الإذن فلا ينافي البقاء كالتدبير. وجه الاستحسان: أن أم الولد تصان وتمنع من الخروج في الأسواق، فصار المعتاد كالمنطوق به، فكأنه قال: "حجرتُ". وليس كذلك التدبير؛ لأن المولى لا يصون المدبَّرة إلا كما يصون الأمة، فجريا مجرى واحد.

## [تدبير المولى مأذونًا مدينًا]

[٧٧٤.] مسألة قال أصحابنا: إذا دبَّر المولى المأذون وعليه دين كان للغرماء أن يضمنوه قيمته، ولا سعاية على المدبَّر فيما بقي. وقال زفر: يستسعونه في الباقي.[٢]

وجه قولهم: أن التدبير إتلاف الرق في حقهم، فلا يلزم المولى في ماله أكثر من قيمة واحدة، كما لو أعتقه. ولو قلنا: إنه يستسعى في الباقي كان المأخوذ من مال المولى فلم يجز. وليس كذلك إذا أعتقه؛ [٢٠٨و] لأن ما يؤخذ منه بعد العتق ليس كمالٍ للمولى فلم يلتزم المولى أكثر من قيمة واحدة.

وجه قول زفر: أن حق الغرماء ثابت في الرقبة والكسب، فإذا اختاروا التضمين للمولى قيمة الرقبة بقي حقهم في الكسب بحاله.

## [بيع المولى عبده المدبر]

[٧٧٥.] مسألة قال: وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن المولى إذا باع العبد المدبر فالبيع فاسد، وهو قول الحسن. وروى ابن أبي مالك عن أبي

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٤٩٩/٨.

٢ انظر: الأصل، ٢٣/٩.

يوسف: أنه جائز. قال ابن شجاع: وأحسبه رواه عن أبي حنيفة. وقد ذكر في الأصول في بيع الراهن والمؤجر: أنه باطل. وفي موضع: أنه موقوف.

وجه رواية الحسن: أن التسليم يتعذر لحق الغير، فأشبه ملك الغير. ولأن حق الاستيفاء متعلق به، فأشبه المبيع في يد البائع، فعلى هذا يُحمَل قولهم: "إن البيع جائز" بمعنى إذا سلَّم الغرماء والمرتهن صح بالتراضي. وعلى هذا قالوا في بيع الآبق: "إنه جائز" معناه إذا سلمنا بموجب ذلك العقد جاز. فإن قلنا: إن البيع موقوف فلأنه عقد على ملك نفسه وللغير فيه حق فصار كالوصية بجميع المال.

وقد قال زفر: إن المولى إذا باع المدبر والمشتري يعلم أن الغرماء يبيعون العبد في دينهم جاز، ولا يرجع المشتري على السيد. وهذا يدل من قوله: إنه لا يمنع من انتقال الملك فيه، وجعل علم المشتري رضى منه، كسائر العيوب.

وأما على قول أبي يوسف: فبيع العبد كالاستحقاق فيرجع المشتري بالثمن على المولى.

## [ما يجوز من بيع المأذون]

[٧٧٦.] مسألة قال أبو حنيفة: يجوز بيع المأذون بما لا يتغابن[١] في مثله. وقالا: يجوز.[٢]

لأبي حنيفة: أن تصرف المأذون لنفسه [جائز]؛ بدلالة أنه لا يرجع بالدين فصار كالحر. ولأنه يتصرف بزوال الحجر كالعتق. ولو قلنا: إنه يتصرف بالإذن لم يضر

١ قدَّر الطحاوي ما يتغابن فيه الناس بنصف العشر، ونص الجصاص أنه اجتهاد منه، وإنما هو ما يدخل تحت تقويم المقومين. انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٢٨٤/٣.

٢ انظر: الأصل، ٨٨/٩؛ الجامع الصغير، ٥٣١؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٨٣/٣، ٢٨٤.

على أصل أبي حنيفة أن الواجب اعتبار عموم الأمر. وقد سوّى أبو حنيفة في المأذون بين الشراء والبيع، وفرّق بينهما في الوكيل؛ لأن المعنى الذي [٢٠٨ظ] لأجله جاز بيع الوكيل عموم الأمر، وفي الشراء لا يتصرف بالأمر فافترقا. وأما المأذون فالعلة التي لأجلها جاز بيعه أنه يتصرف لنفسه، وهذا المعنى موجود في الشراء.

وجه قولهما: أن الحطَّ هبة؛ بدلالة أن المريض إذا حطَّ كان من الثلث، وهبة العبد لا تصح.

وذكر بعد هذا أن حجر المأذون لا يثبت عند أبي حنيفة حتى يوجد في المخبر أحد شرطي الشهادة.[١] وقالا: يصير محجورا بخبر الواحد وإن لم يكن عدلا، وقد مضت في الوكالة.[٢]

## [الحجر على المأذون المرتد]

[٧٧٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ارتد المأذون صار محجورًا. وقالا: هو بحاله.[٣]

أما أبو حنيفة فبنى على أصله: أن الردة تؤثر في التصرف كالحجر. ولأن الردة توجب زوال يد المولى ليُقْتل، والسبب المؤثر في زوال يد المولى يؤثر في التصرف كالإباق. ولأنه يتصرف في حق غيره وهو معرض للتلف، فكان لذلك مدخل في الحجر كالمرض.

وهما بنيا على أصلهما: أن الردة لا تؤثر في تصرف الحر، فكذلك في تصرف المأذون.

---

١ العدد والعدالة.

٢ انظر المسألة رقم: ٧١٩.

٣ انظر: الأصل، ٨/٥١٩.

## [دين عبد رجلين]

[٧٧٨.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كان عبد بين شريكين أذنا له فأدانه أحدهما مئة وأجنبي مئة، ثم بيع العبد بمئة: قسمت بين المولى الذي أدان والأجنبي أثلاثا. وقالا: أرباعا، ثلاثة أرباعها للأجنبي، وربعها للمولى.[١]

لأبي حنيفة: أن حق الاستيفاء ثبت لهما من الثمن وهو حال حاضر، فأشبه دين الميت إذا استوفي من تركته. ولأن دين المولى وإن سقط نصفه فالباقي في ذمة العبد؛ ولهذا ثبت بعد الحرية، وإذا تساوى الدينان في ثبوتهما في الذمة تساويا في القسمة. وهذا مبني على أصل أبي حنيفة: أن المولى لا يملك كسب العبد المرتد، والثمن في حكم الكسب؛ بدلالة استيفاء الدين منه، وإذا لم يملكه ثبت الاستيفاء من جميعه.

وجه قولهما: أن المولى الذي أدان لا يثبت دينه فيما هو على ملكه، وإنما يثبت على نصيب [٢٠٩و] شريكه، ومال الأجنبي يثبت في النصفين، فيسلم له النصف من غير منازعة، وبقي النصف الأخير قد تساويا فيه، فكان بينهما. وهما [بنيا][٢] على أصلهما: أن المولى يملك الكسب مع وجود الدين، والثمن في حكم الكسب، فنصفه على ملكه، فلم يجز أن يثبت له حق الاستيفاء، فيسلم للأجنبي.

## [إقرار المأذون بدين يلحقه لأبيه أو لابنه]

[٧٧٩.] مسألة قال الشيخ رحمه الله: قياس قول أبي حنيفة في المأذون إذا أقر لأبيه أو لابنه بدين أو وديعة لم يجز. وقالا: جائز.[٣]

أما أبو حنيفة: فذهب إلى أن المأذون يتصرف من جهة الآمر كالوكيل، وقد ثبت

---

١ انظر: الأصل، ٥٥١/٨.

٢ وصورته في المخطوط: 

٣ انظر: الأصل، ٥٧٢/٨.

من أصله أن تصرف الوكيل مع أبيه لا يجوز، كذلك المأذون إذا أقر. وعلى أصلهما: أن الوكيل يجوز تصرفه مع أبيه، كما يجوز مع الأجنبي، فكذلك المأذون يجوز إقراره له.

وذكر بعد هذا: إذا أقر المأذون أنه اقترض حال الحجر، أو أودع، أو أخذ مضاربة فاستهلكها، وصدَّقه المقر له في التاريخ: لم يلزمه شيء في قول أبي حنيفة ومحمد على أصلهما: أن إيداع العبد لا يتعلق به الضمان إلا بعد العتق. فأما على أصل أبي يوسف: فإن الضمان يلزمه في هذه الوجوه في الحال فصار كما لو اعترف بالغصب، وقد مضت هذه المسألة.[1]

## [إقرار العبد على ما في يده بعد الحجر]

[٧٨٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا حجر المولى على العبد، وفي يده ألف، ثم أذن له ثانيًا، فأقر أن الألف كانت وديعة لفلان في يده: صُدِّق. وقالا: لا يصدق.[2]

وهذا فرع على اختلافهم في جواز إقراره بعد الحجر: فعند أبي حنيفة يجوز مادام المال في يده؛ وذلك أن جواز الإقرار موقوف على بقاء يده؛ بدلالة أن المولى لو لم يحجر حتى أخذ الألف، والإذن باقٍ، فإقراره فيها يصح، وإذا[3] تعلق جواز الإقرار ببقاء اليد، وهذا المعنى موجود بعد الحجر. ولا يقال: فيجب أن يجوز تصرفه فيها بالبيع والشراء؛ وذلك لأنه محجور فيما يأخذه بالعقد فلم يجز بيعه [٢٠٩ظ] للحجر في البدل، والإقرار ليس فيه أخذ شيء تناوله الحجر، وإنما هو إقرار من العبد فتنفذ.

وجه قولهما: أن صحة الإقرار يتعلق بالإذن وقد زال.

وإذا ثبت هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذا جاز إقراره مع الحجر فمع الإذن أولى.

---

١ انظر: الأصل، ٥٧٥/٨، ١٢/٩؛ نوادر المعلى، ١٠٧ظ؛ النوازل، ٢٩٢.

٢ انظر: الأصل، ٥٧٧/٨، ٥٧٩، ٥٨٠.

٣ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: إذا، بدون الواو.

وقالا: إقراره لا يجوز قبل الإذن فلا يجوز بعده، كالمأذون ابتداء إذا كان في يده أكساب.

## [العبد المحجور يشتري فيستهلك]

[٧٨١.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا اشترى المحجور عبدًا فاستهلكه ببيع أو هبة: لم يضمن حتى يعتق. وهذا فرع على مسألة الوديعة؛[١] لأن العقد لم يصح في حق المولى، وإنما يصح في حق العبد، فلو أوجبنا الضمان في حق المولى لأوجبناه بقوله، وهذا لا يصح. وليس كذلك إذا قَتَل العبد إنه يقال للمولى: "إما أن تدفعه أو تفديه"؛ لأن هذا ضمان جناية، وتسليط البائع لم يتناوله فصار كالمبتدأ. وأما التصرف بالتمليك فقد يتناوله تسليط البائع، فلم يتعلق به ضمان.

وأما أبو يوسف فقال: يثبت الضمان في الوجوه كلها، على أصله: أن قبوله لمَّا لم يصح صار كالمتلف ابتداء.[٢]

## [بيع المولى العبد المدين]

[٧٨٢.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا باع المولى العبد المدين بغير إذن الغرماء، وسلَّمه وغاب، فحضر الغرماء: فلا سبيل لهم على العبد حتى يحضر البائع. وقال أبو يوسف: يكون المشتري خصمًا ويفسخ البيع.[٣]

لأبي حنيفة: أن فسخ البيع قضاء على الغائب، وهذا لا يصح. أصله: إذا حضر الشفيع والدار في يد البائع فأراد أخذها مع غيبة المشتري. ولأن الغرماء والمشتري تصادقوا أن الشيء وصل إلى يد الحاضر من يد الغائب، فخرج من الخصومة قبل أن يتصادقا أنه أودعه. لأبي يوسف: أن المشتري يدعي الملك لنفسه فكان خصما، كما لو

١ انظر المسألة: ٤٤٨.

٢ انظر: الأصل، ٩/١٠، ١١؛ نوادر المعلى، ١٠٧و، ١٠٧ظ.

٣ انظر: الأصل، ٩/٥٩.

ادعى صاحب اليد أنه اشترى العبد من الغائب أنه لا يسقط خصومة المدعي للملك. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الاستحقاق يقع هناك على المشتري وهو حاضر، وفي مسألتنا يقع الاستحقاق على الغائب.

وأما إذا كان العبد في يد البائع والمشتري غائب [٢١٠و] فلا خصومة بين الغرماء وبينه في قولهم. أما على قولهما: فلأن فسخ العقد على المشتري لا يجوز مع غيبته. وعلى قول أبي يوسف: البائع ليس بمالك فلا يكون خصمًا، والمشتري في مسألة الخلاف مالك فلزمته الخصومة.

[هل يعود الدين على عبد باعه مولاه برده عليه؟]

[٧٨٣.] مسألة قال أبو يوسف: إذا وهب المولى العبد المدين من الذي له الدين ثم رجع في هبته عاد دينه. وقال محمد: لا يعود. وحكى ابن سماعة أنه روي عن محمد: أن الرجوع فيه لا يصح.[١]

لأبي يوسف: أن بطلان الدين تعلق بمعنى هو ملكه وقد زال، فعاد بحاله. كمن اشترى بدين له ثوبا فهلك قبل القبض. ولأن رجوع الواهب يوجب فسخ الهبة من أصلها، فكأنها لم تكن. وصار كردِّ ما اشتراه بالدين بعيب بقضاء. ولأن سقوط الدين لأجل إيجاب الملك، فصار كالعوض عنه، فإذا لم يسلم العوض لم يسلم المعوض.

وجه قول محمد: أن الدين قد سقط من غير بدل فلا يعود، كالبراءة. ولأن حكم الدين في الملك لا يختلف في الابتداء والبقاء، فأشبه بطلان النكاح في الجارية الموهوبة لزوجها. ولا يجوز أن يجعل الرجوع فسخ الهبة من أصلها؛ لأنه لو كان كذلك وجب على الموهوب له العقر، واستحق الواهب الولد، وهذا لا يصح.

---

١ انظر: الجامع الصغير، ٣٦٣؛ الأجناس، ٥٣٨.

## [الرد في المبيع عند الزيادة]

[٧٨٤.] مسألة قال في الأصل: إذا باع جارية بغلام، وقبض الجارية، ومات الغلام وقد زادت الجارية في بدنها خيرا: فإن بائع الجارية يأخذها. وهذا يجب أن يكون قول محمد. وأما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: فالزيادة المتصلة والمنفصلة سواء ويمنع الردَّ.[1]

وذكر في الجامع الكبير فيمن تزوج امرأة على إبل سائمة، ودفعها إليها، فزادت في يدها، ثم طلقها قبل الدخول فلا سبيل للزوج على الإبل، وعلى المرأة نصف القيمة يوم قبضها. وهذا يجب أن يكون قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فأما على قول محمد: فيرجع بنصف الإبل بزيادتها، ذكره [٢١٠ظ] في النكاح، وفرَّق بين الزيادة المتصلة والمنفصلة.[2]

وقال في البيوع: إذا باع عبدا بجارية، وتقابضا، فزادت الجارية في بدنها، ثم رد العبد بعيب فإنه يأخذ الجارية، وهذا قول محمد. وكذلك قال في الزيادة المتصلة: إنها تمنع التحالف في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقد بينا هذه المسألة في النكاح.

وقد طعن علي الرازي في مسألة الجامع وقال: يجب أن لا تمنع الزيادة الرجوع، وتفارق الزيادة المنفصلة؛ لأنهم فرَّقوا بين الزيادة المنفصلة والمتصلة في الرد بالعيب، فقالوا: إذا باع جارية بعبد وتقابضا، فزادت الجارية في بدنها، ثم وجد المشتري به عيبا أنه يرده، ويأخذ الجارية بزيادتها، ولو كانت ولدت أخذ قيمتها.

وكان أصحابنا يقولون: ما ذكره من مسألة الرد قول محمد، وأما في قول أبي حنيفة فجميع المسائل سواء. ويجوز أن يفرق بينهما فيقال: إن عقد النكاح لا يوجب ضمان

---

١ انظر: الأصل، ٩/٩٢.

٢ الجامع الكبير، ١٧.

البُضع؛ ولهذا لو ماتت قبل الدخول سلم لها المهر، فصار كالهبة لما كانت مقبوضة لا عن بدل مضمون على الموهوب له كانت الزيادة المتصلة مانعة من الرجوع. وأما البيع فإنه يوجب ضمان المبيع على البائع، فحق بائع الجارية قائم فيها مع تسليمها؛ لأجل ما تعلق من ضمان البدل على المشتري، فجاز أن يثبت حقه في الزيادة المتصلة.

وقد كان أبو الحسن يفرِّق بين المسألتين: بأن المرأة قبضت الإبل ولا حق فيها لأحدٍ، فحدثت الزيادة في بدها من غير حق قائم في الأصل، فلم يسر إلى الزيادة. وأما البيع فإن المشتري قبض الجارية مع ثبوت حق الفسخ فيها يكون معيبًا فجاز أن يتعلق حقه بالزيادة؛ لتعلقه بالعين التي حدث فيها.

ولا يلزم على هذا: الولد؛ لأن العقد إذا فسخ وقد وقع على شخص لم يجز فسخه على شخصين، وفي الزيادة المتصلة الفسخ لا يقع إلا على شخص واحد، فسقط اعتبار الجزء المتصل الذي لا حكم له بنفسه في البيع. ولا يلزم على هذا: زيادة الهبة؛ لأن صحة الهبة موقوفة على القبض، والأجزاء [٢١١و] يثبت لها حكم بالقبوض، فجاز أن يثبت لها حكم في المبيع. وأما البيع فصحته تقف على القول، والأجزاء لا يصح إفرادها به، فجاز أن يسقط اعتبارها في الفسخ.

فإن قيل: فقد سوَّى محمد في المأذون بين موت العبد قبل القبض ورده بالعيب في أنه يأخذ الجارية زائدة، وإن كان حق الفسخ ثابت في أحد الموضعين دون الآخر، وهذا يبطل الفرق. الجواب: أن النكاح إذا وقع فقد تمَّ ملك الزوج في البُضع؛ ولهذا لا يسقط بموتها المهر، وإنما يعود حقه في المهر بسبب حادث، فلا يحكم أنه كان ثابتا حال التسليم، فيحصل قبض المرأة، ولا حق لأحد في العين، فحدثت الزيادة على ملكها، ولا يتعلق حق الزوج بها. وأما المبيع إذا سلم بدله ولم يقبضه هو بنفسه فحق الدافع في المقبوض؛ لجواز أن يتلف البدل. فلا يقال: إن العقد قد تمَّ، فجاز أن يتعلق الحق بالزيادة.

وقد ذكر بعد هذا المأذون إذا كان له شريك في الدين فأخذ نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة، وجاز عندهما، وهذا قد بيناه في الحربي.

## [الإقالة في المبيع عند النقص]

[٧٨٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا اشترى المأذون جارية، فقطع أجنبي يدها بعد القبض، أو وطئها أجنبي فوجب العقر، ثم تقايلا: لم تصح الإقالة؛ لأنها فسخ عنده قبل القبض وبعده، والفسخ لا يقع على ما لم يقع على العقد. وقال أبو يوسف: تصح؛ لأن من أصله أن الإقالة بعد القبض بيع، وبيع الجارية وعقرها وأرشها جائز. وقال محمد: تصح؛ لأن من أصله أن الإقالة إذا كانت بغير جنس الثمن فهي بيع. وصار عدولهما عنه دلالة على أنهما لم يقصدا الفسخ، فإذا ضما إلى المبيع سلعة أخرى كان دلالة على العدول، كجنس آخر.[1]

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذا قبضها المشتري ولم يدفع الثمن حتى وهبه البائع له، ثم تقايلا: لم تصح الإقالة؛ لأنها فسخ، والفسخ لا يصح بعد سقوط الثمن، ولو صح لصار في حكم الهبة؛ لأنه تمليك الجارية بغير عوض، وهبة المأذون لا تصح. وقال أبو يوسف: تصح الإقالة؛ لأن من أصله [٢١١ظ] أنها بيع بعد القبض، فصار كأنه باعها بمثل الثمن الأول فيلزم البائع تسليمها. وعلى قول محمد: الإقالةُ بغير جنس الثمن الأول بيعٌ، وإذا لم يكن ثمنا فهو أدل على أنه بيع.

ولو لم يقبض الجارية حتى وهب له البائع الثمن، ثم تقايلا لم تصح الإقالة في قولهم؛ لأنها قبل القبض فسخٌ في قولهم، والفسخ مع سقوط الثمن لا يصح. وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذا ولدت الجارية ثم تقايلا لم يجز؛ لأن الفسخ لا يقع على ما لم يقع عليه العقد. وعلى قولهما: الإقالة جائزة، وهي محمولة على بيع مبتدأ.

---

١ انظر: الأصل، ٩/٩٠، ٩١.

## [الخيار في الشراء للمأذون]

[٧٨٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا اشترى المأذون جارية وشرط لنفسه الخيار فوهب له البائع الثمن جاز له فسخ البيع. وقالا: ليس له ذلك.[١]

أما أبو حنيفة فمن أصله أن الخيار المشروط للمشتري يمنع من دخول الشيء في ملكه، فإذا فسخ كان ممتنعا من دخول العين في ملكه بغير عوض، وهذا جائز كما لو امتنع من قبول الهبة. وعلى أصلهما: أن المبيع قد دخل في ملكه، فإذا سقط الثمن لم يجز الفسخ؛ لأن في ذلك إخراج العين من ملكه بغير عوض.

## [إقرار المأذون ببراءة عبد مشترك]

[٧٨٧.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا كان العبد بين حر ومأذون، فباعه الحر بإذن المأذون، فأقر المأذون على شريكه أنه "أبرأ المشتري من الثمن": لم يصدق العبد؛ لأنه لا يملك البراءة، فلم يصح إقراره بما لا يملك إلا أن الحر يستحلف، فإن نكل سقط الثمن وضمن لشريكه. وعلى قول أبي يوسف: لا يستحلف في صحة العقد، على أصله: أن براءة الوكيل لا تصح.

## [الإقالة في البيع بين العبد المأذون له وبين البائع]

[٧٨٨.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا اشترى المأذون جارية بكرا، فشرط الخيار للبائع، فوطئها المأذون: فالبائع بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء نقض وأخذ الجارية وحصة النقصان من الثمن. وقالا: ينظر إلى الأكثر من مهر مثلها ومن نقصان الافتضاض. وهذا على اختلافهم في الجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل القبض، وقد بينا هذه المسألة.[٢]

---

١ انظر: الأصل، ١٠٤/٩، ١٠٥.

٢ ومسائل البيع في المفقود من الكتاب. | انظر: الأصل، ١٠٥/٣؛ الجامع الصغير، ٤٦١.

## [البيع الفاسد من المأذون]

[٧٨٩.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا اشترى المأذون غلاما بيعًا فاسدًا فآجره [٢١٢و] أو استغله، فإن كان عليه دين قضى بالغلة دينه؛ لأنه لا يصح أن يتصدق. وإن لم يكن عليه دين فعلى المولى أن يتصدق به؛ لأنه حصل له من وجه محظور. وقال أبو يوسف: لا يتصدق به؛ لأنه ملكه بالضمان، كالمملوك بالعقد الصحيح.[1]

## [الشفعة في بيع المأذون له من مولاه]

[٧٩٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا باع العبد من مولاه دارًا وعليه دين بمثل قيمتها أو أكثر: فللشفيع فيها الشفعة؛ لأن البيع قد صح لحق الغرماء، فصار كبيع الأجنبي. وليس كذلك المضارب إذا باع من رب المال؛ لأنه وكيل له فلم يبعه من موكله. فأما إذا باعها بأقل من قيمتها فالبيع باطل، ولا شفعة عند أبي حنيفة. وقالا: للشفيع أن يأخذها بالقيمة أو يدع.[2]

قال رحمه الله: فكان شيوخنا يقولون: معنى قول أبي حنيفة: "البيع باطل" إذا لم يبلغ به المولى تمام القيمة؛ لأن بيع العبد من مولاه كبيع المريض من الأجنبي؛ لأنه يجوز بالقيمة وبأكثر، فصار المانع المحاباة، فنخير المشتري بين إتمام القيمة والفسخ. فعلى هذا إذا أدى الشفيع تمام القيمة سقط حق الغرماء فكان له الأخذ، فتصير المسألة اتفاقًا. ولا يجوز أن يجعل بيعه من المولى كبيع المريض من وارثه؛ لأن هناك لا يجوز بكمال القيمة؛ فعُلِم أنه فاسد.

وأما إذا كان العبد هو المشتري للدار من المولى بأكثر من القيمة فالمولى بالخيار

---

١ انظر: الأصل، ١١٩/٩.

٢ انظر: الأصل، ١٤٤/٩-١٤٨.

إن شاء أسقط الزيادة، وإن شاء أبطل البيع. فإن أمضاه بالقيمة فللشفيع أخذها؛ لأن فضل الثمن يسقط عن العبد فيسقط عن الشفيع كالحطِّ. وإن اختار نقض البيع فللشفيع أن يأخذها منه بالثمن؛ لأنه قد رغب عن ملكه بذلك القدر. ولا يقال: إنه وقع فاسدا؛ لأن الفساد لزيادة الثمن فإذا التزمها الشفيع جاز، كما قالوا في المبيع إلى الحصاد إذا اختار الشفيع إسقاط الأجل.

[تسليم المولى الشفعة عند القاضي وكالة عن المأذون]

[٧٩١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وجبت الشفعة للعبد فوكَّل مولاه بأخذها، فسلَّمها عند القاضي: جاز. وعند غيره: لا يجوز إن كان عليه دين. ويجب أن يكون محمد مع أبي حنيفة. ويجب[١] على قول أبي يوسف: [٢١٢ظ] أن يجوز التسليم في الوجهين على اختلافهم في إقرار الوكيل على موكله. وقد ذُكر أبو يوسف مع أبي حنيفة. وعن محمد: أن تسليم المولى باطل. وهذا يدل على أنه ليس [مبنيا][٢] على ذلك الأصل فيقول أبو يوسف: استحقاق الشفعة يتعلق بالقاضي، والتسليم يختص بحضرته، والوكالة بالخصومة عامة، فاعتبر إقامتها مقام نفسها. وأما محمد فقال: المولى لا يملك إسقاط حقوق الغرماء فلم يجز التسليم.[٣]

[بيع المأذون الكيل والوزن من صنفين]

[٧٩٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قال: "أبيعك هذه الحنطة وهذا الشعير كل قفيز منها بدرهم": جاز البيع على قفيز منها وبطل الزيادة. وقالا: البيع جائز على جميع الحنطة والشعير. وقد بينا هذه المسألة فيمن قال: "أبيعك هذه الحنطة كل قفيز

١ وصورته في المخطوط: 

٢ وفي المخطوط: بنيًا، ولعل الصواب ما أثبت.

٣ انظر: الأصل، ٩/١٤٦، ١٤٧.

منها بدرهم". ولو لم يقل: "كل قفيز منها" لم يصح البيع في شيء؛ لأنه لا يدرى هل القفيز من الحنطة أو الشعير.[١]

[حكم ما في يد المأذون المدين]

[٧٩٣.] مسألة قال أبو حنيفة: دين العبد المأذون إذا استغرق رقبته وكسبه منع نقل ما في يده إلى مولاه. وكان قوله الأول أنه يمنع قليلا كان أو كثيرا، ثم رجع فقال: لا يمنع في الوجهين. وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وجه قوله الأخير: أن الشيء ينتقل إلى العبد، ومن جهته ينتقل إلى مولاه، كما ينتقل من جهة الميت إلى وارثه، كما أن الدين المستغرق يمنع نقل الملك إلى الوارث فكذلك إلى المولى. وجه قولهما: أن حق المولى في كسب العبد كحقه في رقبته، فإذا لم يمنع الدين ملك الرقبة، كذلك الكسب.

فإذا ثبت هذا الأصل قال أبو حنيفة: إن أعتق جارية له وعليه دين مستغرق: لم ينفذ عتقه؛ لأنه ليس بمالك. وقالا: ينفذ؛ لأنه مالك.

وجه الرواية التي سوّى [فيها] بين قليل الدين وكثيره: أن المعنى المانع في الدين المستغرق تعلُّق حق الغرماء بالكسب، وهذا موجود في غير المستغرق.

وعلى هذا الأصل: إذا ادعى المولى في عبد اشتراه المأذون أنه ولده لم يُصدَّق؛ لأن دعواه [٢١٣و] النسب، كعتاق موقع. وعلى قولهما: يجوز دعوته كما يجوز عتقه.

[دية قتيل وجد في دار المأذون]

[٧٩٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وُجِد قتيل في دار المأذون وعليه دين، فالقياس أن لا يلزم عاقلة المولى، والاستحسان أن يلزمها. وقالا: يلزمها.[٢]

---

١ انظر: الأصل، ٩/١٥٠.

٢ انظر: الأصل، ٩/١٥٩.

وجه القياس: أن المأذون إذا كان عليه دين فالمولى لا يملك كسبه فصار كالمكاتب، فتكون الدية عليه. إلا أنه استحسن فقال: العبد لا ملك له في الدار، ولا حق ملك، وإنما يمنع المولى من التصرف لحق الغرماء، ولا ملك للغرماء، وإنما لهم حق الاستيفاء، فصار الملك للمولى في المعنى فلزم عاقلته. وعلى هذا لا خلاف في هذه المسألة.

[حر قتل عبد المأذون المدين]

[٧٩٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قتل حرٌ عبدا للمأذون، وعليه دين مستغرق فلا قصاص، وإن اجتمع المولى والغرماء؛ لأن المستحَق غير معلوم، ألا ترى أن المولى لا يملكه ولا الغرماء. ولا معتبر باجتماعهم؛ لأن الغريم ليس له ملك، فاجتماعه مع المولى وعدمه سواء.

**فأما على قولهما**: فالمولى مالك، إلا أن حقوق الغرماء ثابت، فلا يجوز للمولى إسقاط حقهم بالقصاص، ولا يعتبر رضاهم؛ لأن حقهم لا يسقط بالرضا.

[إمضاء بيع عبد قتل في يد البائع]

[٧٩٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قتل العبد في يد البائع فاختار المشتري إمضاء البيع: كان له القصاص، وإن اختار الفسخ لم يكن للبائع قصاص. وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع فقال: لا قصاص لواحد منهما. وهو قول محمد.

**أما أبو حنيفة فقال**: العبد مقتول على ملك المشتري، لا ملك لأحد فيه، وإنما كان للبائع الإمساك، واستيفاء القصاص لا يُسقِط حقه: فجاز. وأما إذا فسخ البيع فحق القصاص لم يثبت للبائع في الابتداء فلا يثبت له في الثاني. **فأما على قولهما**: فالبائع ليس له حق القصاص؛ لأن القتل حصل في ملك غيره، والمشتري لا قصاص له؛ لأن ملكه لم يتم لعدم القبض.

## [عبد المأذون يوجد قتيلًا في دار مولاه]

[٧٩٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا وُجِد [٢١٣ظ] عبد من عبيد المأذون قتيلا في دار مولاه، والدين مستغرق: فقيمة المقتول في مال المولى في ثلاث سنين. وقالا: حالَّة. ولو كان الدين غير مستغرق فالقيمة حالَّة في قولهم.[1]

أما إذا كان الدين محيطا: فإن المولى لا يملك ما في يد المأذون، إلا أنه موقوف عليه؛ بدلالة أن الغرماء إذا أسقطوا حقوقهم كان الملك له، فلم يلزم العاقلة من ديته شيء، كما لو قتل عبد نفسه إلا أن المولى لما لم يملك المقتول فضمانه ضمان الجنايات كقتل غيره: فتكون الدية مؤجَّلة. وإن كان الدين غير مستغرق: فهو مالك له، فضمانه ليس من حيث الجناية فيكون حالا.

وعلى قولهما: الدين لا يمنع ملك المولى قلَّ أو كثر، فصار ما في يد المأذون كرقبة المأذون.

وقد قال أبو حنيفة: لو وُجِد المولى مقتولا في دار المأذون فعلى عاقلة المولى ديته لورثته في ثلث سنين. وقالا: دمه هدر. وهذا فرع على اختلافهم في الرجل يُوجَد قتيلًا في دار نفسه، وقد بيناها.[2]

## [الشهادة على المأذون بجناية]

[٧٩٨.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا شُهِد على المأذون بقتل عمد لم تقبل إلا بحضرة المولى. وقال أبو يوسف: تقبل.[3] وقد بيناها.

---

١ انظر: الأصل، ٩/١٦٥، ١٦٦.

٢ انظر المسألة رقم: ١٨٤. | انظر: الأصل، ٩/١٦٦.

٣ انظر: الأصل، ٩/١٨٣.

فعلى هذا الأصل: لو كان المأذون كافرا أسلم، فشهد عليه كافران بالقتل لم تقبل في قولهما؛ لأن استحقاق الرقبة يقع على المولى، ولا يجوز بقول الكافرين. وعلى أصل أبي يوسف: تقبل؛ لأنه معنى يملكه العبد من نفسه، فاعتبر دينه دون دين المولى.[١]

## [مكاتبة المأذون عبدًا من عبيده]

[٧٩٩.] مسألة إذا كاتب المأذون عبدا وعليه دين يحيط برقبته وما في يده أو أقل: لم تجز الكتابة بإجازة المولى؛ لأنه أجاز ما لا يملك، ألا ترى أنه لا يملك إخراج الرقبة من ملكه بالبيع، فكذلك بالكتابة الموجبة لإزالة الملك. فإن أدَّى المكاتب والدين محيط بالرقبة والكسب: لم يعتق المكاتب بالأداء عند أبي حنيفة كما لو أعتقه عتقا مبتدأ. وإن كان غير محيط عَتَقَ كما لو أعتقه بالإيقاع. وما قبضه من مال الكتابة [٢١٤و] يصرف في دين المأذون؛ لأنه كسب عبده، فالغرماء أحق به من المولى وإنما عتق بالأداء؛ لأنه لو أعتقه بالمباشرة جاز.[٢]

وأما على قولهما: فيعتق المكاتب بالأداء في الوجهين، كما يعتق بالعتق المبتدأ، ويضمن القيمة كما يضمن في العتق المبتدأ. فإن لم تَفِ القيمة بالدين رجع الغرماء بما أدَّاه المكاتب؛ لأنها من كسب المأذون، ولا سبيل للمولى عليها حتى يستوفي الغرماء دينهم.

## [دين مأذون ارتد فأسره المسلمون]

[٨٠٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ارتد المأذون وأبق إلى دار الحرب، فأخذه المشركون، ثم أُسِر: فالمولى أحق به، والدين الذي كان عليه بحاله. وقالا: يبطل دينه.[٣]

---

١ انظر: الأصل، ١٨٦/٩، ١٨٧.

٢ انظر: الأصل، ١٦٧/٩.

٣ انظر: الأصل، ١٩٦/٩، ١٩٧.

وهذا فرع على أصل أبي حنيفة: أن العبد إذا أبق إلى دار الحرب لم يملكوه، فصار كالحر يرتدّ ثم يعود مسلمًا فتكون ديونه بحالها. وأما على أصلهما: فقد ملكوه فبطل ما كان عليه من حق المطالبة؛ لأن الرق الحادث يُسقِط الديون.

## [محاباة المولى لمأذونه]

[٨٠١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا مرض المولى فباع المأذون وحابى وليس له مال غير العبد: فمحاباته من ثلث المولى. وقالا: إن حابى بأكثر مما يتغابن الناس فيه لم يجز.[١]

أما أبو حنيفة فبنى على أصله: إذا تصرف المأذون بما لا يتغابن فيه جاز، فإذا مرض المولى جاز تصرف العبد في الثلث، كما يجوز تصرفه في الجميع لو كان المولى صحيحا. وعلى أصلهما: لا يجوز تصرفه في حال الصحة إلا بما يتغابن فيه، ففي حال المرض أولى.

## [حجر المولى على المأذون]

[٨٠٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا حجر المولى على عبده المأذون، وللعبد عبد مأذون: فإن كان على الأول دين فالحجر عليه حجر على عبده، وإن كان لا دين عليه فعبده مأذون بحاله. وقالا: هو محجور في الوجهين. ذَكر الخلاف الطحاوي.[٢]

وجه قول أبي حنيفة: أن الأول إذا كان مدينا فلا سبيل للمولى على ما في يده، فعنده في هذه الحال يستفيد الإذن من جهته لا من جهة المولى، فإذا حجر على الأول بطل إذنه، فبطل إذن من استفاد من جهته لا من جهة المولى، كما [٢١٤ظ] لو مات. وأما إذا لم يكن على الأول دين فالمولى يملك التصرف في الثاني، فصار إذنه مستفادا

---

١ انظر: الأصل، ٢٠٨/٩، ٢٠٩.

٢ انظر: الأصل، ٥٢٣/٨؛ مختصر الطحاوي، ٤٢٦.

من جهة المولى فلا يبطل بحجر العبد الأول، كمن وكل رجلا، وجعل له أن يوكل، فوكل ثم عزل الأول لم ينعزل الثاني.

وجه قولهما: أن العبد الثاني استفاد التصرف من العبد الأول، فبطلان إذنه يوجب بطلان الحجر عليه. ولأن تصرف المأذون لنفسه؛ ولهذا لا يرجع على المولى، فصار كتصرف الحر، فيبطل إذنه ببطلان قوله.

## [الغرور في العبد المأذون]

[٨٠٣.] مسألة قال في الأصل: إذا قال رجل للناس: "هذا عبدي فقد[1] أذنت له في التجارة" ولم يقل: "بايعوه" فاستحق العبد، أو وُجِد حرًا: لم يكن للغرماء على الرجل سبيل. وكذلك لو قال: "بايعوه" ولم يقل: "هو عبدي". ولا يكون غارًا حتى يقول: "هو عبدي فبايعوه". وذكر ابن سماعة عن محمد أن يكون غارًا بقوله: "هو عبدي قد أذنت له".[2]

وجه القول الأول: أنه إذا لم يأمر ببيعه فلم يأذن لهم في دفع أموالهم إليه؛ ألا ترى أن الإذن في التجارة قد ينفرد عن المداينة، فلم يكن غارًا. وجه قول محمد: أن الإذن في التجارة يتضمن المتعارَف، وذلك يقع بتسليم المال إليه، فصار غارًا.

## [إقرار المأذون بالدين في مرضه]

[٨٠٤.] مسألة قال أبو يوسف: في المأذون إذا أقر في صحته بألف، ثم مرض فأقر بألف لآخر، ثم مات: بُدِئَ بدين الصحة. وقال زفر: هما سواء.[3]

---

١ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: وقد.

٢ انظر: الأصل، ٩/١٧٢؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/٥١٠، ٥١١.

٣ انظر: الأصل، ٨/٥٢٣؛ مختصر الطحاوي، ٤٢٦.

لأبي يوسف: أن دين الصحة من حكمه[1] أن يتقدم على دين المرض، أصله: إذا كان المقر حرا. ولأن حال المرض حال تهمة، وما أبطلته التهمة فالحر والعبد فيه سواء.

لزفر: أن دين الصحة يتعلق بالمال، فإذا أقر في حال المرض كان من سبق حقه إلى المال أولى. وهذا لا يوجد في حق العبد؛ لأن الديون تتعلق بأكسابه في جميع الأحوال على وجه سواء. ولأنه أقر بالملك لغيره فلا يختلف بصحته ومرضه، كالوكيل يقر على موكله.

## [في المأذون عليه دين حال ومؤجل]

[٨٠٥.] مسألة قال أصحابنا: في المأذون إذا كان عليه دين حالٌّ ودين مؤجَّل، فطالب صاحب الحال ببيعه: باعه القاضي، وقضى حصة الحال، [٢١٥و] ودفع حصة المؤجل إلى المؤجل، فإذا حلَّ دفعه إلى مستحقه، وإن هلك فلا ضمان عليه، ويتبع صاحب المؤجل صاحب الحال، فيشركه.[2] وقال زفر: يحل دينه، ويقسمون في الحال. وهو رواية معلًى عن أبي يوسف.[3]

وجه قولهم: أن الدين المؤجل يحل ببطلان الذمة، وذمة المأذون لم تبطل؛ بدلالة أن ما بقي من الديون ثابتة فيها، وإذا لم تبطل بقي التأجيل بحاله. ولأنا إنما حكمنا بحلول الدين بالموت لأنه لا فائدة لبقاء التأجيل؛ ألا ترى أنه يوجب تأخير قسمة التركة، وهذا المعنى لا يوجد في مسألتنا؛ لأن في بقاء الأجل فائدة. وجه قول زفر: أن بيعه يوجب بطلان تصرفه، فصار كالموت.

---

١ وفي المخطوط + من، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ وصورته في المخطوط: 

٣ انظر: نوادر المعلى، ١٠٧و؛ مختصر اختلاف العلماء، ٥/٢٣٥، ٢٣٦.

## [عبد مدين ورثه أخوه]

[٨٠٦.] مسألة قال أبو يوسف: إذا مات مولى العبد المدين فورثه أخ العبد: عتق، وضمن الأخ قيمته للغرماء. وقال زفر: لا سبيل لهم عليه.

لأبي يوسف: أن حق الاستيفاء متعلق بالرقبة، فمتى سلمت للمولى بالعتق ضمن كما لو باشر. ولا يلزم على هذا: إذا ورث الرجلان ابن أحدهما أن نصيب الأب يعتق، ولا ضمان عليه؛ لأن حق الشريك لم يكن متعلقا بهذا النصيب،[1] فسلامته بالعتق بغير فعله لا يوجب ضمانا عليه. ويبين الفرق بينهما: أن عتق المولى المأذون يستوي فيه اليسار والإعسار، فعلم أنه يضمن بالاستيفاء. وصار كما لو قالوا في رجلين ورثا أم ولد أحدهما: إن الاستيلاد يثبت، ويضمن المولى؛ لأنه ضمان يستوي فيه اليسار والإعسار.

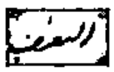
وجه قول زفر: أن العتق يقع من طريق الحكم بغير فعله، فلم يلزمه ضمانه، كرجلين ورثا ابن أحدهما.

## [تعلق حق الغرماء بما وهب المأذون المدين]

[٨٠٧.] مسألة قال أبو يوسف: إذا وهب المأذون هبة فلزمه دين تعلق حق الغرماء بها. وقال زفر: لا حق للغرماء فيها.[2]

لأبي يوسف: أن الهبة تنتقل إلى المأذون بفعله كسائر أكسابه. ولأن دين المريض يتعلق بما يكسبه وما يوهب له، وكذلك دين المأذون. وجه قول زفر: أن الدين يستحق من جهة التجارة، فتعلق بما يحصل له من [٢١٥ظ] التجارات، والهبات ليست من التجارة فلم يتعلق بها.

---

١ وصورته في المخطوط: 

٢ انظر: الأصل، ٥٤١/٨؛ نوادر المعلى، ١٠٧و؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٣٤/٥، ٢٣٥.

## [صداق الأمة المأذون لها المدينة وعقرها]

[٨٠٨.] مسألة قال أبو يوسف ومحمد: إذا زوَّج المولى المأذونة وعليها دين: فمهرها للغرماء. وإن كان لا دين عليها ثم لحقها: فالمهر للسيد. وقال زفر: هو للسيد في الوجهين جميعًا.[١]

وجه قولهما: أن المهر يجري مجرى بدل جزء، فصار كما لو قطع أجنبي يدها. لزفر: أن الإذن في التجارة يتضمن استيفاء الدين مما يكسبه بالتجارة، فأما بدل استباحة البضع فلا حق لهم فيه، كما لا حق لهم في منافع البضع.

وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف: إن وطئها أجنبي بشبهة وعليها دين فالعقر للغرماء، بمنزلة بدل جزء منها. وقال زفر: إن نقصها الوطء فالمهر للغرماء؛ لأنه تعلق بفوات جزء، وأجزاء المدينة متى انتقلت أرشا كانت للغرماء. وإن لم ينقصها فهو للمولى؛ لأنه بدل عن منافع البَضْع فلا حق للغرماء فيها.

وقد قال أبو يوسف: لو ولدت المدينة استحق ولدها للغرماء؛ لأنه حق مستقر، بدلالة أنه يتعلق بالرقبة، وينتقل إلى القيمة، فيسري إلى الولد كالاستيلاد. وليس كذلك ما ولدته قبل الدين؛ لأنه انفصل ولا حق في الأم، فلا يتعلق به. وقال زفر: لا يتعلق الدين بالولد؛ لأنه لا يدخل في الإذن؛ بدلالة أنه لا يكون مأذونا بإذنها.[٢]

## [بيع المولى مأذونًا عليه دين مؤجل]

[٨٠٩.] مسألة قال في الأصل: إذا كان على العبد دين مؤجل فباعه المولى: جاز، ولم يكن للغرماء منعه، فإذا حلَّ دينهم ضمَّنوه القيمة، وكذلك لو وهبه. فإن توى ما على المولى من القيمة لم يكن لهم على العبد ولا على الموهوب له سبيل. وذكر ابن

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٢٣٣/٥، ٢٣٤.

٢ انظر: الأصل، ٥٤١/٨.

سماعة في نوادره والشمر بن حداد:[١] أن للغرماء إبطال بيعه وهبته.[٢]

وجه ما في الأصل: أن الدين المؤجل لا يتعلق به استيفاء في الحال، فلا يمنع التصرف بحق الملك إذا كانت يد المالك ثابتة عليه، كمن اشترى شيئا بثمن مؤجل وأراد بيعه. وليس كذلك الرهن [٢١٦و] بدين مؤجَّل؛ لأن يد المالك زالت عنه، وحدثت يد مستحقة، فبيعه يوجب إبطالها.

وجه ما ذكره ابن سماعة: أن الدين المؤجل ثابت في ذمة العبد ورقبته، فمَنَع التصرفَ كما يمنع الدينُ العاجلُ، أصله: الرهن بدين مؤجَّل.

* * *

١ ولم أجد رواية عنه إلا في البناية، وليست هي المسألة التي بين أيدينا. انظر: البناية، ٣٨٢/١١.

٢ انظر: الأصل، ٧٧/٩.

# كتاب الصلح

## [الصلح في الدار على خدمة عبد فقتل]

[٨١٠.] مسألة قال أبو يوسف: إذا صالح من الدعوى على خدمة عبد، فقُتِل وأُخِذت قيمته: فإن صاحب الخدمة بالخيار إن شاء أبطل الصلح ورجع بدعواه، وإن شاء طالب بشراء عبد بها للخدمة. وقال محمد: قد بطل الصلح.[١]

وجه قول أبي يوسف: أن العقد على الخدمة حصل من غير بدل في الظاهر فلم يبطل بالقتل، كالعبد الموصى بخدمته إذا قتل. وليس كذلك الإجارة؛ لأن المنافع مملوكة ببدل في الظاهر، فإذا قُتِل العبد تعذر تسليم المعقود عليه، فوجب الرجوع إلى بدله. فإن قيل: لو كان كالعبد الموصى بخدمته لم تنتقل المنافع إلى ورثة المصالح، كما لا تنتقل إلى ورثة الموصى له. والجواب: أنه لا يمتنع أن يجري هذا مجرى الموصى به من وجه، ومجرى المعاوضة من وجه؛ [إذ][٢] المانع من انتقال المنفعة الموصى بها إلى الوارث أنه تبرع على شخص فلا يستحقه غيره، وفي مسألتنا المنافع ليست على وجه التبرع فجاز أن تنتقل إلى الورثة. ولأن المنافع في مسألتنا تستحق بنفس العقد كالوصايا.

وجه قول محمد: أن عقد الصلح يلحقه الفسخ، فمتى تعذر تسليم المعقود عليه انفسخ، كما لو صالح على ثوب فهلك قبل القبض. ولأن الدعوى حال الجحود معتبر

---

١ انظر: الأصل، ١٠/٥٣٩؛ شرح مختصر الطحاوي، ٣/١٩٩-٢٠١.

٢ وفي المخطوط: إن، ولعل الصواب ما أثبت.

بالدعوى حال الإقرار، فلو وقع الصلح عن إقرار كان في معنى الإجازة، فكذلك إذا كان عن إنكار.

وعلى هذا الأصل قال أبو يوسف: لو أعتق المولى [٢١٦ظ] العبد المصالح على خدمته ضمن قيمته. وقال محمد: لا ضمان عليه. أما أبو يوسف فمن أصله: أن العقد الموجب للتسليم لم ينفسخ، كما لا ينفسخ بالقتل، فوجب على المولى القيمة كالموصى بخدمته إذا قتله الوارث، وكالبدل في الخلع. وأما محمد فقال: إن هذا عقد على المنافع بعوض في حق المدعي.

وعلى هذا لو أعتقه المولى فاختار المعتق أن يخدم المدعي بقية الخدمة جاز، وكان للمصالح الخيار. وقال محمد: لا يجوز استخدامه.

أما أبو يوسف فمن أصله: أن العقد لم ينفسخ فجاز أن يستوفي بقية الخدمة، فله الخيار. ولأن الخدمة بعد الحرية ليست بمستحقة، وقد كانت مستحقة فتغير العقد عما أوجب، فيثبت الخيار. وأما محمد فمن أصله: أن العقد قد بطل فلم يجز أن تستوفي الخدمة بموجب عقد قد انفسخ.

وعلى هذا قال أبو يوسف: لو ادعى حقا في دار فصالح على سكنى بيتٍ منها سنة، ثم مات أحدهما: كان الصلح بحاله. وقال محمد: يبطل الصلح فيما بقي، فيرجع المدعي من دعواه بقدر ما بطل.

لأبي يوسف: أن المدعي لا يسكن البيت على وجه العوض في زعمه، وإنما يسكنه بحق الملك، فلم يجز إبطال الصلح مع إمكان تبقيته. فإن قيل: من أصل أبي يوسف أن الصلح على المنافع كالمنافع الموصى بها، فعلى هذا إذا مات المصالح لم تنتقل إلى ورثته. قيل له: إن المعنى المانع من الانتقال في الوصية أنها وقعت ليستوفيها

الموصى له، فلا يجوز أن يستحقها وارثه ابتداء. وفي مسألتنا المدعي يزعم أنه يستحقه بحق الملك فيجوز أن يثبت لوارثه. وهذه مسألة مشتبهة على أصل أبي يوسف؛ لأن المدعي ادعى حقا مشاعا في الدار فيسكن البيت بعضها بحق الملك، وبعضها على طريق العوض عن حقه في الدار، فيجب أن يبطل بالموت إلا أن نضع المسألة على أنه ادعى كل الدار وادعى حقا فيها غير مبيَّن، أو تحمل على أنه [٢١٧و] ادعى هذا البيت بعينه.

وقد اختلف أصحابنا في قياس قول أبي يوسف: لو وقع هذا الصلح على سكنى دار أخرى، فمات المدعي: فمنهم من قال: إنه مثل مسألتنا ولا يبطل الصلح؛ لأن الصلح يتضمن إسقاط الحق والبراءة، فصار كالطلاق على السكنى. ومنهم من قال: يبطل العقد على قول أبي يوسف؛ لأنه لا يخلو أن يحمله على معنى الوصية بالخدمة فيبطل بالموت، أو على معنى العوض فيصير كالإجارة. ولا يمكن حمله على أنه يستوفي بحق الملك، لأنه لم يدع حقا في هذه الدار. وأما إذا مات المدعى عليه فالصلح لا يبطل على قول أبي يوسف في جميع الوجوه؛ لأنه يحمله على معنى الوصايا، وموت الموصي لا يبطل العقد.

وأما محمد فمن أصله: أن هذا الصلح في حكم الإجارة، فيبطل بموت أحد المتعاقدين، فلا يجوز حمله على ما قال أبو يوسف من حق الملك؛ لاتفاقهم أنه لو صالحه على سكنى بيت بعينه على أن يرد مئة جاز، فلو سكَّن سكن هذا البيت بحق الملك لم يجز أن يعطي عوضا عن سكنى ملكه.

وعلى هذا قال أبو يوسف: لو آجر البيت الذي صالح على سكناه من المدعى عليه جاز. وقال محمد: لا يجوز.

لأبي يوسف: أن هذه المنافع ليس في مقابلتها عوض في الظاهر، فتستحق التسليم لأجله حالا، فجاز فصارت كالمقبوضة بالعقد، فيجوز العقد عليها مع المدعى عليه. ولأن المدعي يزعم أنه يستحق المنافع بحق ملكه فجاز أن يعقد عليها مع المدعى عليه. وهذا موضع مشتبه؛ لأنه وإن ادعاها بحق الملك لم يمتنع اعتبار معنى المعاوضة فيها، ولا يمكن أبو يوسف اعتباره بالوصية؛ لأن المنافع الموصى بها لا يجوز إجارتها من الورثة. ويجوز أن يقال: إن هذا العقد له شبه بعقد الوصية من وجه وبالأعيان المملوكة من وجه؛ لأنه يستحق بالعقد فاعتبر جهة تصحيح العقد ما أمكن.

وأما محمد فمن أصله: أن هذه المنافع المعقود عليها معتبرة بعقود الإجارات، فلا يصح أن يؤجرها من المدعى عليه، كما لا يصح أن يؤجر الدار التي استأجرها من المؤجر.

## [من الصلح الفاسد] - [الصلح على صوف على ظهر غنم]

[٨١١.] [٢١٧ظ] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا صالح على صوف على ظهر غنم لم يجز. وقال أبو يوسف: يجوز.[١]

وهذا فرع على اختلافهم في جواز بيعه، فعندهما لا يجوز بيعه ولا يجوز الصلح عليه. وذكر أبو يوسف في البيوع من الإملاء: جواز بيعه، وكذلك جواز الصلح عليه. ومن أصحابنا من قال: إنما جوّزه أبو يوسف اعتبارًا بالوصية. وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لو اعتبر بها لجاز على الحَمل واللبن. وقد قال أبو يوسف: إن ذلك لا يجوز.

ومن أصحابنا من قال بأن المسألة محمولة على أنه إذا ادعى حقا في الغنم فيجوز أن يكون ذلك الحق هو الصوف، فيقع الصلح عليه، وهو مما يمكن تسليمه فيجوز. وليس كذلك إذا صالح على الحمل واللبن؛ لأن تسليمه لا يمكن.

---

١ انظر: الأصل، ١٠/٦١١.

## مسائل المهايأة

### [المهايأة في المنافع]

[٨١٢.] قال رحمه الله: جملة قول أبي حنيفة رحمه الله في المهايأة في المنافع أنها على ثلاثة أوجه:

١. منها: مهايأة منافع تستحق بالقسمة، وهو مما لا يختلف. فهذه مهايأة صحيحة، مثل دار واحدة تتهايأ على أن يسكن كل واحد بعضها؛ لأن قسمة الأصل تجوز على هذا الوجه، والمنافع غير مختلفة، فجاز قسمة الفروع.

٢. ومنها: مهايأة منافع لا تستحق بقسمة الأصل إلا أنها غير مختلفة، مثل مهايأة العبدين على أن يخدم أحدهما أحد الموليين، والآخر المولى الثاني. فهذا يكون في معنى العارية، ولا يكون قسمة في الحقيقة؛ لأن من أصله: أن قسمة العبيد لا تجوز.

٣. ومنها: منافع مختلفة، مثل الدابتين إذا تهايأ في ركوبهما لا يجوز، وإن كانت قسمة الأصل تجوز، لاختلاف منافع الدواب.

### [المهايأة في الغلة والعبيد]

وأما المهايأة في الغلة تجوز، ولا تجوز عنده إلا بشرطين: أحدهما أن يكون قسمة الأصل تستحق على ذلك الوجه، و[الثاني أن تكون] المنافع غير مختلفة، كالدار تستغل كل واحد طائفة. [٢١٨و] وأما هما: فيُجيزان المهايأة في الغلة في كل موضع يجوز قسمة الأصل [عليه]، ولا يعتبران اختلاف المنافع.

وعلى هذا قال أبو حنيفة في عبدين بين رجلين تهايآ على أن يؤاجر كل واحد منهما أحد العبدين: لم يجز. وقالا: يجوز.

أما أبو حنيفة: فبنى على أصله أن قسمة الرقيق لا تجوز، فلم يجز أن يتهايآ في

الغلة على وجه لا يجوز قسمة الأصل عليه؛ لأنه المنافع فرع للأصل. وليس كذلك إذا تهايآ على استخدامها؛ لأن ذلك يصير في معنى العارية، والعارية لا تصح في الغلة. ولا يلزم على هذا: إذا تهايآ في استغلال دارين أنه يجوز عنده وإن لم يجز قسمة الأصل؛ لأن أبا الحسن قال: إن قسمة الدارين تجوز، وإنما منع منهما على الأولى.

وعلى هذا قالوا جميعًا في العبد الواحد إذا تهايآ على أن يستغله كل واحد شهرًا: لم يجز؛ لأن قسمة الأصل لا تقع على هذا الوجه. وليس كذلك إذا تهايآ على استخدامه؛ لأن ذلك يصير في معنى العارية.

وهما بنيا على أصلهما: أن قسمة العبدين تصح فكذلك المهايأة في غلتهما.

وعلى هذا قال أبو حنيفة: إذا تهايآ في دابتين على أن يركب كل واحد منهما واحدة لم يجز في قول أبي حنيفة. وقالا: يجوز. وذكر المسألة من غير خلاف ثم قال: وقال أبو يوسف: «فيما أعلم أنه لا تجوز المهايأة في الدواب في ركوب ولا غلة». ومعناه: أن الحاكم لا يحكم بالمهايأة فيه؛ لاختلاف الركوب، والمهايأة للتعديل، إلا أنهما إن تراضيا على ذلك جاز؛ لأنه إباحة المنافع من كل واحد لصاحبه. وأما هما: فاعتبرا المهايأة في المنافع بقسمة الأصل، فإذا جاز أن يقتسماها جاز أن يقتسما منافعها.

وأما إذا تهايآ على غلتها لم يجز عند أبي حنيفة؛ لأن قسمة الأصل وإن جازت فمنافع الركوب مختلفة؛ بدلالة أن من استعار [٢١٨ظ] دابة من رجل ليركبها لم يكن له أن يُعيرها. فإذا اختلفت المنافع لم يمكن التعديل، فلم تجز قسمتها، إلا أنهما إذا تراضيا على الركوب حُمِل على معنى الإباحة وهذا المعنى لا يمكن في الغلة. وهما قالا: قسمة الأصل جائزة، فكذلك قسمة الغلة.

## [المهايأة في دار ومملوك]

وقال في الأصل: في رجلين ورثا دارا ومملوكا، فتهايآ على أن يسكن أحدهما الدار سنة، ويستخدم الآخر المملوك سنة جاز.[1] وهذا محمول على أنه يجوز بتراضيهما، إلا أن الحاكم لا يحكم به؛ لأن السكنى والخدمة نوعان فلا يقسم بعضها في بعض.

قال: فإن اشترطا في ذلك أن يؤجر كل واحد منهما ما صار له لم يجز في قول أبي حنيفة؛ لأن من أصله: أن مهايأة الغلة تعتبر بقسمة الأصل إذا اتفقت المنافع وقسمة الأصل لا تصح هاهنا، والمنافع مختلفة فعُدِم الشرطان. وكذلك لو كانا عبدين؛ لأن قسمة الأصل لا تصح عنده فيهما، وأما في الدابتين وإن جاز قسمة الأصل إلا أن المنافع مختلفة. وأما الدارين فجوازها لأن قسمة الأصل تصح. وإنما قال أبو حنيفة: لا تصح على الأولى.

وأما هما: فاعتبرا رضا الملاك في القسمة، فإذا كانت قسمة الأصل تصح جازت قسمة المنافع بتراضيهما، ولا يعتبران اختلافهما. ولهذا قالا في مسألة الدار والمملوك: إن قسمة الأصل بتراضيهما فكذلك الغلة. وأما العبد الواحد فقسمة الأصل لا تصح بتراضيهما، وكذلك الغلة فلم يعتبرا مسألة الأصل بحكم الحاكم بالقسمة، وإنما اعتبراها بتراضيهما عليها.

## [صلح الوصي]

[٨١٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ادعى الوصي شِقْصا في دار، فجحد المدعى عليه، فصالحه على دراهم، ولا بينة للورثة: جاز، صغارا كانوا أو كبارا. وإن كانت لهم بينة، وكانت الدراهم مثل القيمة، أو نقصان يسير: جاز. وقالا: لا يجوز إلا في حق الصغار.[2]

---

١ انظر: الأصل، ١١/٦، ٧.

٢ انظر: الأصل، ١١/١٣، ١٤.

أما إذا لم تكن بينة فالمال [٢١٩و] مأخوذ في مقابلة الدعوى، وفي ذلك نفع معجَّل من غير ضرر، فيجوز في حق الصغار، ويجوز في حق الكبار أيضا؛ لأنه لو كانت بينة جاز تصرفه في حقهم على أصله.

وأما إذا كانت بينة فعند أبي حنيفة يجوز الصلح في حق الجميع على أصله في جواز بيع الوصي حق الكبير إذا كان في الورثة صغارا، إلا أنه اعتبر القيمة؛ لأن البينة يمكن إثبات الحق بها، فصار الصلح على مال محكوم به، فلا يجوز النقصان الكثير.

وأما على أصلهما: فلا يجوز تصرف الوصي في حق الكبير فكذلك صلحه.

## [الصلح على معين وغير معين وعلى القيمة]

[٨١٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا استهلك على رجل عينا لا مثل لها: ثبت مثلها في ذمته، إلا أن ينقله الحاكم إلى القيمة. وقالا: تثبت القيمة ابتداء.

لأبي حنيفة: أن القيمة لم تكن مالا للمغصوب منه، فلم يجز أن يحكم بها إلا برضاه، أو بمعنى آخر كالثمن. ولأن هذا المعنى يوجب تعذُّر الرد فصار كالإباق، وكمن غصب ما له مثلٌ فانقطع إن التسليم يتعذر، ولا تثبت القيمة إلا بمعنى آخر. وجه قولهما: أن المطالبة تقع بالقيمة دون العين، فدل على أن الثابت ما تقع به المطالبة.

فعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة: إذا صالح عن المستهلك على طعام غير معين وقبضه في المجلس: جاز. وقالا: لا يجوز إلا أن يكون عينا.[١]

لأن عند أبي حنيفة: الثابت هو العين، فإذا صالح على طعام صار ثمنا فيجوز وإن لم يتعين. وعلى قولهما: الثابت هو القيمة، والطعام الذي في مقابلتها مبيع، فلا يجوز إلا معينا.

---

١ انظر: الأصل، ١١/٥٨٧.

**فإن قيل:** فيجب على قول أبي حنيفة أن لا يعتبر القبض في المجلس، كمن باع عبدا بطعام. **قيل له:** العبد وإن كان هو الثابت إلا أنه دين، فلا يجوز أن يصالح على طعام غير مقبوض في المجلس فيصير دينا بدين.

**وعلى هذا الأصل** قال أبو حنيفة: إذا أعتق الوارث الجارية الموصى بحملها، فصالحه الموصى له على دراهم أكثر من قيمته: جاز؛ [٢١٩ظ] لأن الثابت في الذمة هو العبد المستهلك، إلا أن ينقله الحاكم إلى القيمة، فمتى تصالحا على أكثر من القيمة جاز، كمن باع عبدا بدراهم. **ولا يلزم على هذا:** عبد بين شريكين أعتق أحدهما، ثم صالح على أكثر من القيمة؛ لأن نصيب الشريك على ملكه، وإنما يثبت له حق النقل بضمان القيمة، فلو جوَّزناه بالزيادة لصار تمليكا مبتدأ، وهذا لا يجوز. **وأما على قولهما:** الواجب هو القيمة، ولا يصح الصلح على أكثر منها.

**وعلى هذا الأصل:** إذا صالح من قيمة المغصوب على دراهم، ثم أراد الغاصب أن يقيم البينة على أن قيمته كانت أقل من ذلك: لم تقبل عند أبي حنيفة؛ لأن من أصله جواز الصلح بالقليل والكثير. وأما على قولهما: فلا يجوز الصلح بزيادة لا يتغابن فيها، فإذا أقام البينة حكم بها وفسخ الصلح.

## [الصلح على عبد فوجد حرًا]

[٨١٥.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا صالح من دم العمد على عبد فوجده حرا: كان على القاتل الدية. وقال أبو يوسف: عليه قيمته أن لو كان عبدا.

أما أبو حنيفة فمن أصله: أن التسمية تسقط مع الإشارة، فكأنه صالح على حر، فينتفي الغرور، فتجب قيمة الدم. وأما محمد فمن أصله: أن العبد والحر جنس واحد، فإذا بطلت التسمية في أحدهما بطلت في الآخر. وأما أبو يوسف فمن أصله: أن العقد إذا تناول تسميته رقبة العبد ثم استحق العبد رقبته بعد ذلك صار كاستحقاق أجنبي.

## [صلح أحد الشريكين بنصيبه من دين بينهما]

[٨١٦.] مسألة قال أصحابنا: إذا صالح أحد الشريكين من نصيبه في الدين على عوض: فحق الشريك ثابت فيه. واختلفت عبارة أبي يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: يقال للمصالح: "إن شئت فادفع إليه ربع الدين، وإلا فسلم نصف العوض إليه". وقال محمد: يقال له: "إن شئت فادفع نصف [العوض]، وإلا فاضمن له ربع الدين".[١]

فمن أصحابنا من قال: هذا خلاف في العبارة؛ ألا ترى أن الخيار إلى المصالح في الوجهين. ومنهم من جعله خلافا في المعنى، فقال في وجه قول أبي يوسف: إنه لما أخذ عوضا عن الدين صار كأنه اشترى [٢٢٠و] به، وذلك يوجب ضمان الدين عليه، إلا أن العقد لما لم يوجب الضمان كان له إسقاط هذا الضمان بتسليم نصف العوض. وقال محمد: إن الصلح في معنى إسقاط الحقوق فلا يفيد ضمانا كالبراءة؛ ولهذا لا يبيع ما صالح عليه مرابحة إلا أن العين قد سلمت له من حق مشترك، فتعلق حق الشريك بها، إلا أن يختار تسليم ربع الدين، فيكون قد التزم ضمانا لا يلزمه.

## [الصلح في الدين]

[٨١٧.] مسألة قال أبو يوسف: إذا كان له عليه عشرة دنانير ومئة درهم، فصالحه على مئة درهم وعشرة دراهم، على أن ينقده خمسين ويؤجله بالباقي، فنقده ثم افترقا: جاز. وقال محمد: لا يجوز.[٢]

لأبي يوسف: أن الخمسين المعجَّلة منها عشرة في مقابلة الدنانير وذلك صرف قد قبض في المجلس، وبقيت مئة هي نفس الحق الآخر، فيجوز تعجيل بعضها وتأجيل بعضها، وإذا جاز كل واحد من الأمرين على الانفراد جاز على الاجتماع.

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ١٩/٤.

٢ انظر: الأصل، ٥٣/١١.

لمحمد: أن التأجيل في المئة قد جعله شرطا في عقد الصرف، فصار كمن باع عشرة دنانير بعشرة دراهم على أن يؤجله في دين آخر. وهذا ليس بصحيح؛ لأن هذا الشرط من طريق الحكم فلا يصير كالمنفرد؛ ألا ترى أن من باع عبدين فالقبول في كل واحد منهما شرط في الآخر، ولا يصير كمن اشترى عبدا بشرط أن يقبل البيع في آخر.

## [تزوج أحد الشريكين من المدينة على حصته]

[٨١٨.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد في رجلين لهما دين على امرأة، فتزوجها أحدهما على حصته منه: جاز، ولا يرجع على صاحبه بشيء. وقال أبو يوسف: يضمن حصة شريكه.[١]

لهما: أن الشريك لم يحصل في يده مال من الدين، وإنما حصل له البضع، والشركة لا تصح في الأبضاع. ولأن البضع غير مقوَّم على غير الزوج، فكأنه أخذ ما لا قيمة له. وقد ذكر أبو الحسن عن محمد: أنه سوَّى بين النكاح والإجارة في أن لا شيء للشريك؛ لأن المنافع لا قيمة لها في حق غير العاقد. وهذا صحيح على أصولهم.

لأبي يوسف: أن العقد لا يختص بالدراهم التي هي دين، وإنما يتناول دراهم في ذمته، [٢٢٠ظ] ثم يصير قصاصًا بما له عليها، فكأنه استوفاها ثم تزوجها عليها.

## [الصلح في السلم]

[٨١٩.] مسألة قال أبو حنيفة: الزيادة الفاسدة تلحق بالعقد. وقالا: لا تلحق. وقد قدمنا هذه المسألة.

وعلى هذا الأصل: إذا أسلم في كُرٍّ من حنطة عشرة دراهم، فاصطلحا على أن زاده المسلَم إليه نصف كر حنطة إلى ذلك الأجل: فإن على المسلم إليه رد ثلث رأس المال، ويلزمه كر؛ لأنه عنده الزيادة لحقت، فكأنه أسلم ابتداء في كر ونصف،

---

١ انظر: الأصل، ١١/١٧٦؛ عيون المسائل، ٣٩٠.

وحصة نصف الكر حال الزيادة دين، فينفسخ فيه العقد، فوجب رده، ولا يفسد العقد في الجميع؛ لأن هذه الزيادة لو كانت موجودة ابتداء وحصتها دين لم يؤثر في الباقي.

وأما على قولهما: فالزيادة التي تفسد لا تلحق، ويصير وجودها وعدمها سواء، فيكون السَّلَم على حاله.[١]

## [صلح المستكره]

[٨٢٠.] مسألة قال في الصلح: «لا يكون الإكراه إلا من السلطان».[٢] وقال في الإكراه: السلطان واللصوص الغالبين سواء.[٣] وكان أصحابنا يقولون: ما ذكره في الصلح هو في الحد خاصة؛ لأن الإكراه فيه عند أبي حنيفة لا يكون إلا من السلطان، وما ذكره في الإكراه في غير الحدود. وكان أبو الحسن يقول: ما ذكره في الصلح قول أبي حنيفة الأول، وما ذكره في الإكراه قوله الثاني؛ لأن الصلح جمعه أبو يوسف، والإكراه من تصنيف محمد، ومحمد يذكر الروايات الأخيرة. وقد بينا هذه المسألة.

وقال في الصلح: «لو أن رجلا توعّد امرأته حتى صالحته من صداقها: جاز ذلك عليها».[٤] وهذا رواية كتاب الصلح. وأما على رواية الإكراه: فإن إكراهه متى حصل على وجه لا يلحقه الغوث لم يجز الصلح. وقال أبو يوسف ومحمد: إن قامت لهما البينة أنه شهر عليها سلاحا نهارا أو ليلا في المصر أو غيره أبطلنا ذلك.[٥] وهذه المسألة تدل على صحة ما قاله أبو الحسن أن ما ذكره في الصلح لم يقصد به الحدود.

---

١ انظر: الأصل، ١١/٨٠.

٢ الأصل، ١١/١٠٠.

٣ انظر: الأصل، ٧/٣٠٥، ٣٤٣، ٣٧٦.

٤ الأصل، ١١/١٠٢.

٥ انظر: الأصل، ١١/١٠٢؛ نوادر المعلى، ١٠٩و.

وأما الفرق بين السلاح وغيره فلأنه يوحي القتل، فهي لا تأمن أن يأتي عليها إلى أن يلحق الغوث. وأما [٢٢١و] الخشب فلا يوحي، فإذا كان نهارا في المصر فالغوث يلحقها قبل أن يأتي عليها فلا تكون مكرهة. وأما إذا كانت ليلا أو في غير مصر فالغوث لا يلحق غالبا فكانت مكرهة بجميع الآلات.

## [الصلح في الوديعة]

[٨٢١.] مسألة قال أبو يوسف: إذا ادعى المودَع ضياع الوديعة، ثم صالح المودِع على مال: لم يجز. وقال محمد: يجوز.[١]

لأبي يوسف: أن دعوى المودَع الضياع براءة؛ ألا ترى أن المرجع إلى قوله. ولأن ذلك لا يعلم في العادة إلا منه، وإذا برئ لم يصح الصلح بعده، كما لو أقام البينة على الهلاك ثم اصطلحا.

لمحمد: أن الصلح يقع عن الدعوى وهي مجحودة، فأشبه من ادعى على رجل مالا فجحده فصالحه. ولأن دخولهما في العقد اعتراف منهما بصحته، فوجب أن يحمل على الصحة ما لم يظهر لنا خلافه. وأما إذا اصطلحا ثم اختلفا فقال المودَع: "صالحتُك بعد دعواي الهلاك" وقال صاحب الوديعة: "قبل الدعوى" فالصلح جائز في قولهم؛ لأن العقد قد صحَّ في الظاهر، فلم يقبل قوله في إفساده. فإذا أقام البينة أنه كان ادعى الضياع بطل الصلح في قول أبي يوسف، وجاز في قول محمد.

وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة: في الأجير المشترك إذا ادعى الهلاك ثم صولح: لم يجز الصلح. وقالا: جائز. أما أبو حنيفة فمن أصله: أنه مُؤتمَن فصار كالمودَع. وأما على أصلهما: فهو ضامن كالغاصب، فاتفقا من أصلين.

---

١ انظر: الأصل، ١١/١٠٢، ١٠٣.

## [الصلح على نصف المال والإبراء من الباقي]

[٨٢٢.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فصالحه على أن يعطيه خمسمئة اليوم، ويبرئه من الباقي، فلم يعطه في اليوم عادت الألف وانفسخت البراءة. وقال أبو يوسف: البراءة بحالها، وليس عليه إلا خمسمئة، ولا يختلفون أن المدعي لو قال في الصلح: "وإن لم تعطيني اليوم فالألف بحالها" فلم يعطه انفسخت البراءة وعادت الألف.[١]

قال رحمه الله: وجملة هذا أن من مذهبهم أن البراءة قد وقعت في الحال، وإنما ينفسخ بترك التعجيل؛ وذلك لأن براءة صاحب الأصل فيها معنى التمليك، [٢٢١ظ] ولهذا تبطل بالرد، والتمليكات في حال الحياة لا تتعلق بالأخطار.

وجه قولهما في عود المال: أن [في] ذكر التعجيل في اليوم مع البراءة دلالة على أنه إن لم يعجلها بطلت البراءة، لولا ذلك لم يكن لذكر التعجيل مع البراءة فائدة؛ إذ التعجيل مستحق بالمداينة، فلم يكن لذكره مع البراءة فائدة إلا كونه شرطا في الفسخ. ولأن له في التعجيل فائدة، فإذا شرطه مع البراءة فلم تحصل الفائدة انفسخت البراءة كما لو قال: "أحطُّ عنك خمسمئة على أن تعطيني بالباقي كفيلا أو رهنا".

لأبي يوسف: أن التعجيل لم يجعل شرطا في البراءة؛ لاستحالة تعلقها بالشرط، ولم يصرح بشرط عود المال، فوقعت البراءة في الحال، ولم يعد بترك التسليم، كمن قال: "بعت منك هذا الثوب بألف على أن تنقدني الثمن اليوم" فلم ينقد لم ينفسخ البيع. وليس كذلك إذا قال: "فإن لم تعطني اليوم فالألف بحالها"؛ لأن نظيره من البيع أن يقول: "فإن لم تنقدني اليوم فلا بيع بيننا".

---

١ انظر: الأصل، ١١/١٤٠.

## [براءة الكفيل]

[٨٢٣.] مسألة في الأصل: براءة الكفيل لا تتعلق بخطر كبراءة صاحب الأصل. وروى ابن سماعة عن محمد: أن براءة الكفيل يجوز أن تتعلق بالأخطار، أما براءة صاحب الأصل ففيها معنى التمليك؛ لأنه يملك ما كان ثابتا في ذمته، كما يملك العين التي وهبت له. والتمليك حال الحياة لا يتعلق بالخطر.

وجه رواية الأصل في براءة الكفيل: أنها براءة من مال كبراءة صاحب الأصل. ووجه رواية ابن سماعة: أنها إسقاط حق ليس فيه معنى التمليك؛ بدلالة أنه لا يرجع بما في ذمته على المكفول عنه، فصار كالطلاق والعتاق. وهذا ليس بصحيح؛ لأن البراءة من العيب ليس فيها معنى التمليك، وإن لم يجز تعلقها بخطر.

## [الصلح في دار الحرب]

[٨٢٤.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أسلما في دار الحرب فغصب أحدهما الآخر أو جرحه، ثم صالحه على شيء: لم يجز. وقال أبو يوسف: يجوز استحسانا.[١]

وهذا فرع على اختلافهم فيمن أسلم هناك. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يضمن ماله بالاستهلاك؛ لعدم الحيازة فيه، كمال أهل الحرب، وإذا لم يضمن [٢٢٢و] لم يصح الصلح. وعند أبي يوسف: هو مال مسلم فكان محظورا كمال سائر المسلمين، فتعلق به الضمان، فصح الصلح.

وعلى هذا قالوا: إذا ادَّان التاجر للحربي ثم خرجا إلينا والحربي كافر: لم يطالب بما داينه. على أصلهما: أنه على حكم دار الحرب فلا تثبت المطالبة بما كان هناك. وعنده: أن الحق على المسلم واجب، فلا يختلف بالأماكن.

---

١ انظر: الأصل، ١١/١٥٤، ١٥٥.

وقد قال أبو حنيفة ومحمد: لو استهلك حربي على حربي، فاصطلحا: لم يجز الصلح؛ لأن ما يأخذه أحدهما من مال الآخر يملكه بالغلبة، فلا يجوز الصلح عن ملكه. وقال أبو يوسف: ما يأخذه الحربي من الحربي محظور، فيجوز الصلح عليه، كالغصب.

وقال أبو حنيفة ومحمد: إذا أدان المسلم حربيا في دار الحرب، ثم صالحه على تأخير النصف إلى أجل وحط النصف، وخرج الحربي مستأمنا: فإن المسلم لا يرجع فيما حط، ولا يطالبه بالباقي إلا أن يعطيه؛ لأن الحط وقع برضاه، والباقي من ديون دار الحرب، والحربي لم يلتزم أحكامنا فلم يجز أن يطالبه بما كان في دار الحرب. وقال أبو يوسف: حكمه وحكم غيره في الشريعة سواء، وإنما لا نتبعهم أحكامنا لعجزنا عنهم، وهذا المعنى قد زال.[1]

## [الصلح في العيوب]

[٨٢٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا اشترى عبدا فباعه وسلمه، ومات عند المشتري [الثاني]، ثم ظهر على عيب، فرجع المشتري الثاني على الأول بنقصان العيب، ثم صالح المشتري الأول بائعه من العيب على شيء بعينه: لم يجز. وقالا: يجوز.[2]

وهذا فرع على اختلافهم في وجوب الرجوع من المشتري الأول على بائعه في هذه المسألة، فقال أبو حنيفة: لا يرجع. وقالا: يرجع.

لأبي حنيفة: أنه منع من نقل الملك بفعل مضمون فصار كما لو قتله أو باعه فلم يرجع عليه بنقصان العيب. وجه قولهما: أن البيع قد انتقض في ذلك الجزء الذي رجع المشتري الثاني في حصته، فوجب أن يرجع [٢٢٢ظ] عليه بقدره، كما لو انتقض في كل المبيع. وهذا فاسد؛ لأن الحاكم لم يتعرض لفسخ البيع في باقي العبد، فلو سلمنا

١ انظر: الأصل، ١١/١٥٥، ١٥٦.

٢ انظر: الأصل، ١١/١٦٩.

أن فسخ في الجزء صار كأن المشتري باع بعض العبد، وبقي بعضه في يده، فلا يرجع بشيء من أرش العيب. وإذا ثبت هذا لم يجز الصلح عند أبي حنيفة؛ لأنه لا رجوع للمشتري فلم يجز الصلح. وعلى قولهما الرجوع ثابت فجاز الصلح.

[٨٢٦.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا اشترى ثوبين كل واحد بعشرة وقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيبا، فصالحه على أن يرد بالعيب، وزاده المشتري في الثاني درهما: فالرد جائز والزيادة باطلة. وقال أبو يوسف: الرد باطل.[١]

وهذا فرع على أصلهما: أن الإقالة فسخ قبل القبض وبعده، فلم تبطلها الشروط كالنكاح، فصحت الإقالة ولم تصح الزيادة. وعلى أصل أبي يوسف: الإقالة بيع فلم يصح الشرط.

وقد أبو حنيفة: لو اشترى رجلان جارية فطعنا[٢] بعيب، فصالح البائع أحدهما جاز، ولم يكن للآخر خصومته. وقالا: هو على خصومته.

وهذا فرع على اختلافهم في جواز رد أحد المشتريين، فعند أبي حنيفة: ليس له ذلك حتى يرد الآخر. وعندهما: له ذلك. فإذا كان من أصله أن أحدهما لا ينفرد بالرد، وقد تعذر الرد في نصيب شريكه بالصلح، فتعذر في نصيبه. وعلى قولهما: يجوز أن ينفرد بالرد فلم يكن صلح شريكه مُسقِطا لحقه.

## [الصلح على البراءة من كل عيب قبل القبض]

[٨٢٧.] مسألة قال أبو يوسف: إذا صالح المشتري البائع قبل القبض على أن أبرأه من كل عيب، فحدث قبل القبض وبعد الصلح: لم يرد به. وقال محمد: يرد به. وروي عن أبي يوسف مثله. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه لو شرط هذا في

---

١ انظر: الأصل، ١١/١٧٣.

٢ صورته في المخطوط: .

العقد أفسده. وأشار محمد في هذه المسألة إلى ذلك فقال: لو وقع الصلح على ما يحدث لكان باطلا؛ لأنه غرر ومخاطرة.[1]

لأبي يوسف في جواز البراءة: أن السبب الذي تتعلق به المطالبة هو العقد، والبراءة جائزة عند وجود سببها؛ ألا ترى أنه يبيع بشرط البراءة، وإن كانت المطالبة [٢٢٣و] لا تثبت إلا بعد العقد. ولأن العيب حادث يثبت الرد بالعقد المتقدم كما يثبت بالعقد الموجود، فإذا جازت البراءة من أحدهما جازت من الآخر. وجه قول محمد: أن العيب الذي لم يحدث ليس بحق، فالبراءة منه براءة في حق لم يجب، فلم يصح.

فعلى هذا إذا صالح عنها قبل حدوثها جاز عند أبي يوسف، ولم يجز عند محمد. وإنما قال أبو يوسف: إن هذا الشرط يُفسِد البيع؛ لأنه براءة متعلقة بخطر، فإذا شرط في العقد وقف قبول البيع على ما فيه خطر، فلم ينعقد.

## [الصلح في الإقالة]

[٨٢٨.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا اشترى عبدًا بألف وأمة بألف في صفقة أو صفقتين، وتقابضا، ثم اصطلحا على أن أقاله في الأمة على أن زاده مئة في ثمن العبد: جازت الإقالة بالثمن الأول في الأمة، وبطلت الزيادة. وقال أبو يوسف: لا تصح الإقالة.[2]

وجه قولهما: أن الإقالة وقعت على تسعمئة في الجارية لما شرط زيادة مئة في العبد، والإقالة تقع بالثمن الأول. وعلى قول أبي يوسف: هي بيع، فتبطله الشروط الفاسدة.

---

١ انظر: الأصل، ١١/١٧٧.

٢ انظر: الأصل، ١١/١٨٣، ١٨٤.

## [الصلح على ما زاد على قيمة العيب]

[٨٢٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا اشترى عبدا بألف فوجد به عيبا ينقصه مئة، فصالحه عنه على أكثر من مئة: جاز. وقالا: لا يجوز إلا بزيادة يُتغابَن في مثلها.

لأبي حنيفة: أن الجزء الفائت استحق تسليمه بالعقد، فجاز أن يصالح عنه بما يشاء، مثل من له على رجل ضمان عبد قد استهلكه، فصالحه على أكثر من قيمته. وعلى قولهما: الأرش هو المستحق، فلم يجز الصلح بزيادة عليه، كمن له على رجل مئة فصالحه على أكثر منها.

## [الرجلان يصطلحان على حَكَم] - [تعليق التحكيم]

[٨٣٠.] مسألة قال أبو يوسف: إذا قال المسلمان لذمي: "إذا أسلمت فأنت حَكَم بيننا" فأسلم: لم يجز حكمه. وقال محمد: يجوز. وكذلك إذا قالا: "إذا أهلَّ الهلال".[١]

لأبي يوسف: أن التحكيم يجري مجرى العقد، والعقود لا يجوز تعلقها بالأخطار. ولا يجوز أن يجعل في معنى الوكالة؛ لأن الوكيل يتصرف بالأمر، ولهذا يرجع [٢٢٣ظ] بالضمان، وأما الحاكم فلا يتصرف بالأمر لواحد منهما وإنما يتصرف على وجه الحكم؛ ولهذا تعتبر فيه العدالة.

لمحمد: أن التحكيم كولاية الحكم، فيجوز تعليقها بخطر؛ ألا ترى أن الإمام لو قال لرجل: "إذا قدمت بلد كذا فأنت قاض، وإن قدمت من الحج" جاز. وكان أبو الحسن يقول: ليس التحكيم من تولية القضاء في شيء؛ بدلالة أن القاضي لا يتصرف من جهة العقد، وإنما يتصرف بالولاية، والحكم تصرفه من جهة العقود؛ ولهذا يخير الحاكم بين إمضائه وفسخه.

---

١ انظر: الأصل، ١١/١٩٧.

# كتاب القسمة

## [أجرة القاسم]

[٨٣١.] مسألة قال أبو حنيفة: أجرة القاسم على عدد الرؤوس. وقالا: على قدر الأنصباء.[١]

لأبي حنيفة: أن الأجرة تستحق بالتميز؛ بدلالة أنه لو ذرع ولم يميز لم يستحق الأجرة، وتمييز نصيب صاحب الكثير من صاحب القليل كتمييز نصيب صاحب القليل من نصيب صاحب الكثير، وإذا وقع العمل لهما على وجه واحد تساويا في الأجرة. وقد أُلزِم أبو حنيفة: إذا كانت الأجرة تستغرق نصيب صاحب القليل. وهذا لا يلزم: لأنه خارج من العادة، ولأنه لا يقسم عندنا إذا أتت الأجرة على القيمة.

وجه قولهما: أن الأجرة في مقابلة العمل في ملكهما، فوجب أن ينقسم على قدر الملكين، كأجرة نقل طعام مشترك.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر: أن الأجرة على الطالب دون الممتنع. وقال أبو يوسف: عليهما.

لأبي حنيفة: أن القسمة لمن طلبها وعلى من امتنع منها؛ لأن العادة أن الطالب يطلب لمنفعته والممتنع لضرر يخافه، فلم تستحق الأجرة على من لا منفعة له في العمل. لأبي يوسف: أن القاضي يجبرهم على القسمة وله ولاية، فصار كقسمة ملك الصبي والمجنون.

---

١ انظر: الأصل، ٢٧٢/٣؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣٢٧/٤.

## [البينة في قسمة الدار]

[٨٣٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كانت الدار في يد جماعة زعموا أنها ميراث: [٢٢٤و] لم تقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدّد الورثة. وقالا: يقسمهما باعترافهم. وأما إذا ادعوا أنها شراء أو ملك لهم قسمت بقولهم في رواية [كتاب] القسمة.[١] وقال في الجامع الصغير: لا تقسم حتى يقيموا البينة على الملك.[٢] وأما العروض فيقسمها بدعواهم وإن ادعوا الميراث استحسانا.

لأبي حنيفة: أنهم لما اعترفوا بالميراث فقد زعموا أن الشيء على حكم ملك الميت، وإنما ينتقل بجريان سهام المواريث، فلم يجز أن يصدقهم القاضي على نقل ملك الموروث. ولأن القسمة فيها معنى التمليك، فلم يجز أن يصدقهم القاضي في تمليك التركة، كما لا يبيعها إلا ببينة. وهذا هو القياس في العروض، وإنما استحسن لأنه لا يُؤمَن عليها التلف، فمتى قسمها صارت مضمونة على الورثة، فصار ذلك أحوط للميت، والعقار لا يخشى عليه التلف، ولا يصير مضمونا بالقسمة، فبقي على أصل القياس. ولا يلزم على ما ذكرنا إذا ادعوا الشراء؛ لأنه مثله في رواية الجامع، وعلى الرواية الأخرى: أن المملوك بالشراء غير موقوف على ملك البائع؛ بدلالة أن ملكهم قد تمَّ فيه بالقبض، وانقطع حق البائع عنه، فوقعت القسمة عليهم دون غيرهم.

ويبين الفرق بينهما: أن قسمة الميراث حكم يتعلق بالموت، وذلك يتعلق به حلول الدين، وعتق أمهات الأولاد والمدبَّرين، وهذه الأحكام لا يجوز إثباتها بقول الوارث. وأما المشتري فيستحق الملك بإيجاب البائع، فهو على قول غيره، فجاز قبوله منه في إثبات الملك، كالرسول في الهدية.

---

١ انظر: الأصل، ٢٧٣/٣، ٢٧٤؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤٦١/٨، ٤٦٢.

٢ انظر: الجامع الصغير، ٣٨٤.

وجه قولهما: أن يد الورثة ثابتة على العقار، ومن كان في يده شيء فالظاهر أنه مالكه، فيقبل قوله فيه.

## [قسمة السفل والعلو]

[٨٣٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كان بينهم سفل لا علو له، وعلو لا سفل له: حُسب كل ذراع من السفل بذراعين من العلو. وقال أبو يوسف: ذراع بذراع. وقال محمد: بحسب القيمة. قال بشر بن الوليد: كنت أنظر إلى الموضع التي يتفاضل فيها [٢٢٤ظ] السفل والعلو فأقوِّمه على قدر ذلك، لأن [أهل] البصرة ومكة العلو أحبُّ إليهم من السفل. قال أبو الحسن: رأيت أصحابنا يستحسنون ذلك. والمسألة موضوعة على المتعارف بالكوفة: أن السفل أكثر قيمة من العلو، فأما إذا كان العلو أكثر فالمعتبر بالقيمة.[١]

لأبي حنيفة: أن السفل له منفعتان: إحداهما السكنى، والأخرى الحفر. والعلو له منفعة واحدة: وهو السكنى، وليس له أن يبني على أصله. فحصل لكل ذراع من السفل منفعتان، ولكل ذراع من العلو منفعة واحدة، فوجب أن يجعل كل ذراع بذراعين بحسب المنفعة. وأما البيت الكامل فلكل ذراع منه ثلاث منافع، فيصير الذراع من البيت الكامل بثلاثة أذرع من العلو وبذراع ونصف من السفل الذي لا علو له.

وأما أبو يوسف: فمن أصله أن لصاحب العلو أن يبني كما أن لصاحب السفل أن يحفر، فصار لكل ذراع منفعتان، فتساويا.

وأما محمد فقال: إن القسمة لتمييز الحقوق وتعديل الأنصباء، وقد يكون العلو أكثر قيمة من السفل، فوجب الرجوع إلى قيمة ذلك.

---

١ انظر: الأصل، ٢٧٨/٢.

## [قسمة الدور بعضها في بعض]

[٨٣٤.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: لا تقسم الدُّور بعضها في بعض. وقالا: إن كان ذلك أنفع قسمت.[١]

لأبي حنيفة: أن الدور المختلفة بمنزلة الأجناس؛ ألا ترى أن الوكالة لا تجوز بشراء دار، كما لا يجوز بشراء ثوب، وتختلف باختلاف البلاد والمحال والدروب كاختلاف الأجناس، والأجناس لا يقسم بعضها في بعض. وليس كذلك الدار الواحدة المختلفة البيوت؛ لأن في تفريقها ضرر؛ ألا ترى أنها عين واحدة فهي كالثوب الواحد.

وجه قولهما: أن القاضي يفعل ما هو الأصلح؛ ولهذا لا يقسم ما يضر بالجماعة، وقد تكون القسمة في الجملة أنفع فكانت أَولى.

وقال محمد: لو كانت إحدى الدارين بالرَّقة والأخرى بالبصرة قسمت إحداهما في الأخرى.

## [قسمة الأرض]

[٨٣٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كان النهر في أرض فتنازع [٢٢٥و] صاحب الأرض والنهر في مُسنَّاته:[٢] فهي لصاحب الأرض. وقالا: لصاحب النهر.[٣]

لأبي حنيفة: أن النهر عبارة عما يجري فيه، والمسناة لا يتناولها الاسم فلم يستحقها. ولأنها متصلة بالأرض ومساوية لها، كسائر أجزاء الأرض. ولأن النهر حادث، ويد صاحب الأرض أسبق إلى المسناة، فكان أَولى.

---

١ انظر: الأصل، ٢٧٩/٣؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣٢٤/٤؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤٦٧/٨، ٤٦٨.

٢ والمسناة: وهو ضفين يبنى للسيل ليرد الماء، سميت به لأن لها مفاتح للماء بقدر الحاجة إليه مما لا يغلب. تاج العروس، «سني».

٣ انظر: الأصل، ٢٩٨/٣.

وجه قولهما: أن النهر يحتاج إلى حريم لملقى طينه ووجوه منافعه، فصار كحريم البئر.

ومن أصحابنا من قال: إن النهر يجعل لها حريم في الصحراء> فأما في الأرض المملوكة فلا حريم لها، ولو جعل لها حريم كان الفرق بينهما أن البئر لا ينتفع بها بغير حريم؛ ألا ترى أنه إذا حفر بجنبها بئرا ذهب ماؤها، وهذا لا يوجد في النهر؛ لأنه يمكن الانتفاع به من غير حريم.

## [قسمة الرقيق]

[٨٣٦.] مسألة قال أبو حنيفة: لا يقسم القاضي الرقيق. وقالا: يقسمه.[١]

لأبي حنيفة: أن القسمة للتعديل، والآدمي يُظهِر من نفسه ما يخالف ما هو عليه من الصفات، فلو اعتبرنا القيمة على ظاهر الحال لم يُتوصَّل إلى حقيقة القسمة. وليس كذلك الحيوان، لأنه لا يُظهِر من نفسه ما ليس عليه من الصفات. فإن قيل: هذا يوجب أن لا تُقوَّم المستهلكات من العبد. قلنا: لما لم يكن بدٌّ من التقويم قوَّمناه، والقسمة منها بدٌّ، فلم تثبت من غير تعديل.

وجه قولهما: أن ما جاز بيعه جاز قسمته، كالثياب. ولأن تقويمه ممكن، فصار كالغنم.

قال في الأصل: قال أبو حنيفة: وإن كان الميراث رقيقا وغنما قسمته.[٢] وكان أبو بكر الرازي يقول: معنى قول أبي حنيفة: "إن الرقيق لا يقسم" إذا طلب ذلك أحد الشركاء فإن تراضوا جاز. وقوله: "إن كان معه غيره قسم" يعني بالتراضي؛ ألا ترى أن من مذهبه أن الأجناس المختلفة لا يقسم بعضها في بعض، والرقيق مع غيره جنسان

---

١ انظر: الأصل، ٣/٣٠٤، شرح مختصر الطحاوي، ٨/٤٧٤، ٤٧٥.

٢ انظر: الأصل، ٣/٣٠٤.

لا يقسم أحدهما على الانفراد، ففي الاجتماع أولى. وحُكِيَ عن أبي الحسن: أنه حَمَل هذا على ظاهره، وقال: إذا كان مع غيره فالتقويم يقع [٢٢٥ظ] للجملة فيصير الرقيق تَبَعا. وقد يجوز أن يكون الشيء تبعا، ولو أُفرِد بالعقد لم يصح كالشرب.[١]

## [قسمة دار بين جماعة]

[٨٣٧.] مسألة قال محمد: إذا كانت الدار بين جماعة فإن جعلها القاسم سِهاما، فمن خرج سهمه أولا أعطاه من مقدَّم الدار، والثاني مما يليه: جاز. وإن ذرعها وقوَّمها فإذا خرج سهم واحد قدَّر له نصيبه وأعطاه: جاز. قال: والأول أفضل عندي. وقال بشر عن أبي يوسف: يقوّم الدار ويعرف ما حولها، ويقوم السهم الأول إن حصل فيه نصيب صاحب الكثير، ويقوم إن حصل فيه نصيب صاحب القليل، وينظر هل ينتفع صاحب القليل بنصيبه في هذا الموضع، فإن استقام أقرع، وإن رأى حالا لا تستقيم معها القسمة ردها إلى وجه يستقيم.[٢]

قال أبو خازم: قال هلال: سألت أبا يوسف عن عشرة أجربة بين رجلين، لأحدهما تسعة وللآخر جريب، إذا قسمت كل جريب منفردا كان قيمته عُشر قيمتها، وإذا اجتمعت تسعة أجربة كانت قيمتها أكثر من قيمة تسعة أعشارها، فكيف تقسم؟ قال: تقسم لصاحب الجريب قطعة قيمتها تسع قيمة التسعة الأعشار الباقية. قال أبو خازم: وهذا صحيح. وجملة هذا أن المقصود بالقسمة التميز والتعديل، فيجب أن تقسم الدار بالأجزاء إن كانت قيمتها متساوية، وإن كانت مختلفة عُدِّلتْ ثم يُقرَع بعد ذلك.[٣] والذي ذكره أبو خازم ليس بصحيح؛ لأن زيادة نصيب صاحب الكثير ليس هو لمعنى

---

١ انظر: شرح الجامع الكبير للجصاص، ٨٥٣، ٨٥٤.

٢ انظر: الأصل، ٢٩٢/٣؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣٢٥/٤، ٣٢٦.

٣ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٣٢٦/٤.

يعود إلى الملك، وإنما هو لاجتماع ملكه وكثرته، والزيادة لكثرة النصيب لا يجوز أن يضرب بها لصاحب القليل، فوجب اعتبار قيمة الملك حال الانفراد.

## [القسمة يستحق منها شيء]

[٨٣٨.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا كانت الدار بينهما نصفين، فاقتسماها، فأخذ أحدهما الثلث المقدم وقيمته ستمئة، وأخذ الآخر الثلثين المؤخرين وقيمته ستمئة، فاستحق نصف ما في يد صاحب المقدم: فإن القسمة لا تنتقض، وصاحب المقدم بالخيار إن شاء نقض القسمة، وكان [٢٢٦و] الباقي من الدار نصفين، وإن شاء رجع بربع ما في يد صاحبه. وقال أبو يوسف: ينتقض القسمة والباقي بينهما.[١]

وقد نقل الحاكم قول أبي يوسف ومحمد معا. والصحيح ما ذكرناه، ذكره أبو حفص. وكتب ابن سماعة إلى محمد فقال له: قولك قول أبي حنيفة؟ فقال: نعم.

وجه قولهما: أن المستحق من النصيبين وهو سهمان من اثني عشر سهما، منها سهم قيمته مئة وخمسون فهذا من نصيب صاحب المقدم، ومنها سهم قيمته مئة وخمسون من نصيب صاحب المؤخر وهو الذي وقع فيه التمليك، وقد أخذ صاحب المؤخر بدله ربع الثلثين، فصار الاستحقاق واقعا في بعض ما وقع فيه التمليك، فلا يوجب الفسخ، وإنما يثبت الخيار كالمبيع يستحق بعضه.

لأبي يوسف: أنه لما استحق بعض المقدم تبينا أن لهما شريكا ثالثا، والدار المشتركة بين ثلاثة، إذا اقتسمها الاثنان لم تصح القسمة. وهذا غلط؛ لأن المنافع[٢] هناك أن نصيب الشريك شائع في الجميع، فمنع القسمة. وفي مسألتنا نصيبه في بقعة بعينها، فلم يجز فسخ القسمة فيما ليس للمستحق فيه شركة.

---

١ انظر: الأصل، ٣/٣١٧، ٣١٨.

٢ وصورته في المخطوط: 

وعلى هذا قالوا: لو كان صاحب المقدم باع نصف ما في يده، واستحق النصف الباقي: فإنه يرجع فيما في يد صاحبه بالربع، ولا خيار له في قولهما، كمن اشترى دارا فباع نصفها، ثم استحق الباقي سقط خياره، ورجع بحصة المستحق من الثمن. وقال أبو يوسف: تنتقض القسمة فيما بقي؛ لأن ما قبضه ملكه بقسمة فاسدة، فجاز تصرفه فيه، كالمقبوض ببيع فاسد، إلا أنه يغرم نصف قيمه ما باعه؛ لأن ما باع كان من نصيبهما، فيغرم حصة صاحبه منه.

وعلى هذا قالوا: إذا كانت دار وأرض بين رجلين نصفين فاقتسماها، فأخذ أحدهما الأرض وهي تساوي ألفين، وللآخر الدار وهي تساوي ألفا، على أن يرد صاحب الأرض على صاحب الدار عبدا قيمته ألف، ثم إن صاحب الدار باع الدار، فاستحق إنسان منها علو بيت: يكون البيت وسفله عشر الدار، فرجع المشتري على بائعه بحصة ذلك، وأمسك بقية الدار: فإن صاحب الدار يرجع بستة عشر [٢٢٦ظ] وثلثين من قيمة الأرض على صاحب الأرض في قولهما. وقال أبو يوسف: يرجع ببقيتها، ويكون شريكا في الأرض.

وقد كتب ابن سماعة إلى محمد في هذه المسألة وقال: الجواب خطأ. قال محمد: أبو حنيفة وضع المسألة على أن صاحب الأرض باع الأرض، فإن كان كذلك فالجواب صحيح بالرجوع بالدراهم، وإن كان لم يبع فإنه يرجع بحصته من رقبة الأرض.

وجه قولهما: أن الذي حصلت له الدار قد استحق نصفها بحق الملك، ونصفها والعبد أخذهما بدلا من نصف الأرض، ونصف قيمة الأرض ألف، وقيمة نصف الدار خمسمئة، فنصف الأرض مقسوم على قيمة نصف الدار، وهي خمسمئة، وعلى الألف قيمة العبد، فيصير الألف بثلثي النصف، وهو ستمئة وستة وستون وثلثان، ويصير نصف الدار بثلث النصف ثلاثمئة وثلاثة وثلاثون وثلث، فلما استحق نصف العشر

فقد استحق من النصيبين من كل شيء نصف عشره من المشتري، ومما أصابه بحق الملك، فوجب أن يرجع بحصة ما استحق من المشتري، وذلك ستة عشر وثلثين؛ لأن نصف عشر ثلاثمئة وثلاثة وثلاثين وثلث ستة عشر وثلثين، فيرجع بمقدار ذلك من رقبة الأرض إن كان لم يبعها، وفي قيمتها إن كان باعها.

وقد أخطأ أصحابنا المسألة على قول أبي حنيفة: لأنه سوَّى بين العلو والسفل، ومن أصله أنهما يختلفان. فالمسألة موضوعة على أن قيمة العلو مثل قيمة السفل وقد يتفق ذلك. وفي قول أبي يوسف خطأ أيضا؛ لأن من أصله أن القسمة تنتقض بالاستحقاق، وتعود الشركة.

## [قسمة المولى عن المكاتب بغير إذنه]

[٨٣٩.] مسألة قال في الأصل: إذا قاسم مولى المكاتب عن المكاتب بغير إذنه ثم عجز: لم يجز. وقال أبو يوسف: جائز.[1]

لهما: أن تصرفه في ماله لا يجوز من غير وكالة، فإن تصرف ثم ملك لم ينفذ، كمن باع ثم ملك. وأما أبو يوسف فقال: المولى يخلف المكاتب في ملكه كما يخلف الوارث. ولو غاب أحد الورثة فاقتسم الباقون ثم مات الغائب فأجاز وارثه جاز، كذلك هذا. ويجوز أن تبنى المسألة [٢٢٧و] على أصله: أنه يملكه بالسبب السابق؛ ولهذا يرجع فيما وهب للمكاتب بعد العجز.

وأما المسألة التي استشهد بها: وهي دار بين جماعة فقسمها اثنان مع غيبة الثالث فلم يُجز حتى مات فأجازه وارثه جاز استحسانا في قول أبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز. وهو القياس.

---

١ انظر: الأصل، ٣/٣٥٤.

ووجهه: أن القسمة كانت موقوفة، والملك الصحيح إذا طرأ عليه ملك موقوف أبطله. وجه الاستحسان: أن ملك الوارث يجري مجرى ملك الميت، والقسمة من حقوق ذلك الملك، ومعلوم أن المالك لو أجاز صح، وكذلك وارثه. ولأنا لو فسخنا القسمة كان للشريك أن يطالب بمثلها في الحال، فلا معنى لفسخ عقد مع الرضا به إذا كنا نحتاج إلى إعادته.

* * *

# كتاب اللقطة

## [تعريف اللقطة]

[٨٤٠.] مسألة قال في الأصل: يعرف اللقطة حولا.[١] ولم يفرق. وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة: أنها إذا كانت أقل من عشرة عرَّفها بقدر ما يرى. وهذا قولهم.[٢]

وما ذكره في الأصل محمول على العشرة. والدليل عليه ما روي عن علي رضي الله عنه أنه التقط لقطة فأمره النبي عليه السلام بتعريفها ثلاثة أيام.[٣] وهذا محمول على اليسير. ولأن ما دون العشرة في حكم التافه، فأشبه ما لا يبقى إلى الحول، كالمأكولات. ولأن المالك لا يضنّ بهذا القدر، فجاز أن يصرف إلى الصدقة. وأما العشرة فهي في حكم الكثير؛ ولهذا يقطع فيها السارق، ويستباح بها البضع، فوجب أن لا يفوت فيها حق المالك إذا كان يرجو عوده.

## [النفقة على اللقطة]

[٨٤١.] مسألة قال أصحابنا: إذا أنفق على اللقطة بأمر القاضي وحبسها ليأخذ ما أنفق عليها فهلكت: لم يسقط ما أنفق. وقال زفر: تسقط النفقة.[٤]

وجه قولهم: أن النفقة دين في الذمة، ليس ببدل عن العين، ولا عن عملٍ [٢٢٧ظ]

---

١ انظر: الأصل، ٩/٥٠٥؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤/٣٣٥، ٣٣٦.

٢ انظر: موطأ محمد، ٣٠٣.

٣ انظر: مسند أحمد، ٢٩/١٠٨ (١٧٥٦٦)؛ المعجم الكبير، ٢٢/٢٧٣ (٧٠٠).

٤ انظر: الأصل، ٩/٥٠٨؛ مختصر اختلاف العلماء، ٤/٣٤٩، ٣٥٠.

أوقعه فيها، ولا تناولها عقد يقتضي الضمان، فصار كهلاك الوديعة. ولأن العين لا يجوز أن تضمن قبل الحبس؛ لأنه مأذون في إمساكها بحكم اللقطة، ولا يجوز أن تضمن بالحبس؛ لأن الحبس يوجب الضمان بحكم الغصب أو العقد أو البدل، ولم يوجد واحد منها.

وجه قول زفر: أن الإنفاق لما حصل على العين تعلق بها البدل. ولأن ماله تلف في هذه العين بسبب مأذون، فإذا تلف بالحبس المأذون سقط الضمان، كالقصَّار والصبَّاغ.

## [الإشهاد على اللقطة]

[٨٤٢.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: إذا التقط لقطة فإن عليه أن يُشهِدَ، فإن هلكت من غير إشهاد ضمن. وقالا: لا ضمان عليه. وذكر في موضع آخر من الأصل قال أبو يوسف: «من وجد لقطة فهلكت في يده فلا ضمان عليه وإن لم يُشهِد».[١] خالف أبا حنيفة ومحمدا. والصحيح أن محمدا مع أبي يوسف، ذكره أبو جعفر وغيره.[٢]

لأبي حنيفة: ما رواه عياض بن حِمَار أن رسول الله صلى الله عليه قال: «من التقط لقطةً فليُشهِد ذَوَيْ عدلٍ ولا يكتمها ولا يغيِّبها».[٣] ولأن كل آخذ لشيء فالظاهر أنه يأخذه لنفسه حتى يُعلَم غير ذلك؛ ولهذا قالوا فيمن أقر أنه أخذ من فلان وديعة: إنه أقر بالغصب. ولأن العقد الموجب للضمان لا يصدق في إزالة ظاهره، فكذلك الفعل الموجب للضمان.

وجه قولهما: أن الملتقط مندوب إلى أخذ اللقطة، ومن كان مأذونا في الأخذ

---

١ الأصل، ٥١٠/٩، ٥١٢.

٢ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٦٢/٤، ٦٣.

٣ مسند أحمد، ٢٨١/٣٠ (١٨٣٣٦)؛ سنن ابن ماجه، ٥٥٢/٢ (٢٥٠٥).

لم يتعلق بفعله ضمان كالمودَع. ولأن القبض لو أوجب الضمان لم يختلف بالإشهاد وغيره كالقبض.

وعلى هذا الأصل قالوا: فيمن أقر أن عنده لقطة: برئ من الضمان وإن كان عنده عشر لقطات. قال: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: إذا أقر أنها لقطة فلا ضمان عليه، وإن لم يُشهِد.

أما أبو حنيفة فمن مذهبه: أن أخذها موقوف على الإشهاد، فمتى أشهد برئ من الضمان، وإن كانت عنده لقطات؛ لأن قوله: "لقطة" لا يختص [٢٢٨و] بمقدار ولا عدد؛ ألا ترى أن اسم المفرد يُعبَّر به عن الواحد وعن الجماعة، قال الله تعالى: ﴿أَوِ ٱلطِّفۡلِ ٱلَّذِينَ لَمۡ يَظۡهَرُواْ عَلَىٰ عَوۡرَٰتِ ٱلنِّسَآءِۖ﴾ [النور، ٣١/٢٤]. وأما على قولهما: فالأخذ مأذون فيه، فلا فرق بين أن يعرف بلفظة أو بجماعة. والصحيح أن محمدا مع أبي يوسف.

وعلى هذا الأصل: إذا التقط لقطة ثم ردها إلى مكانها، فإن كان أشهد حين أخذها فلا ضمان عليه، وإن كان لم يُشهِد ضمن عند أبي حنيفة. وقالا: لا ضمان عليه في الوجهين. وقال زفر: يبرأ من الضمان وإن أخذها بنية الاستهلاك.

أما أبو حنيفة: فمن أصله أن من أشهد فالعين أمانة في يده، وذلك المكان قد أجري مجرى يد المالك؛ بدلالة جواز أخذه منه، فصار الرد إليه كالرد إلى يد المالك، فيبرأ من الضمان. وأما إذا لم يُشهِد فهو غاصب، فلا يبرأ من الضمان بفعله خاصة، ولم يوجد إلا مجرد فعله. وعلى أصلهما: هي أمانة في الوجهين فيبرأ من ضمانها.

والذي قاله زفر ليس بصحيح؛ لأن الأخذ على هذا الوجه غصب، والغصب لا يبرأ منه إلا بفعل من جهة المالك. اللهم إلا أن يقول: إنه ليس بغاصب وإن نوى هذا؛ لأنه مأذون في الأخذ، فصار كالمودَع إذا أخذ الوديعة بنية الاستهلاك. وهذا ليس

بصحيح؛ لأن الوديعة قد وُجِد صريح الأمر في قبضها فلا يجب الضمان إلا بالتعدي، وفي مسألتنا لم يأذن المالك في الأخذ وإنما أخذ من طريق الحكم، وذلك بشرط أن يأخذها على وجه الأمانة. ويجوز أن يكون من مذهب زفر: أن رد الغصب إلى دار الغاصب يُسقِط الضمان. وهذا بعيد؛ لأن الضمان المستقر لا يسقط عن الإنسان بفعله.

وقد روى الحسن عن أبي يوسف: أنه إذا ردَّ اللقطة إلى مكانها لم يبرأ من الضمان؛ لأنها أمانة لزمه حفظها، وفي ردها إلى مكانها تعريض للضياع، فصار كالوديعة. [٢٢٨ظ]

* * *

# كتاب اللقيط

## [قتل اللقيط عمدًا]

[٨٤٣.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا قتل اللقيط عمدا فللسلطان أن يقتص منه، وله أن يأخذ الدية. وقال أبو يوسف: ليس له القصاص. وقد مضت.[١]

## [ادعاء اللقيط]

وذكر في اللقيط: إذا ادعته امرأتان، وأقامت كل واحدة منهما البينة أنه ابنها فهو ابنهما جميعا في قول أبي حنيفة. هذا في رواية أبي حفص. وفي رواية أبي سليمان: لا يكون ابن واحدة منهما، وهو قولهما. وقد مضت هذه المسألة في كتاب الدعوى.[٢]

* * *

١ انظر المسألة رقم: ٢٢٢. | انظر: الأصل، ٥/٢٤٦.

٢ انظر المسألة رقم: ٦٠٨. | انظر: الأصل، ٥/٢٤٥.

# كتاب الإباق

## [الجعل لراد الآبق]

[٨٤٤.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا ردَّ آبقا قيمته أربعون درهما فللذي جاء به قيمته إلا درهما. وقال أبو يوسف: له أربعون درهما.[١]

لهما: أن جُعل الآبق إنما يثبت حفظا للأموال، ولهذا يَختَص الآدمي الذي ينفرد باليد ويخفي نفسه، فوجب أن يعتبر حصول منفعة تحصل للمالك، وهذا لا يكون إذا أخذ منه جميع القيمة. ولأنه يؤدي إلى ضرر، وهو أن يستحق أكثر من القيمة. لأبي يوسف ما روي عن السلف من تقدير الأربعين من غير فرق. ولأن ذلك بدل مقدر بالشرع فصار كالمقدر بالشرط.

وذكر بعد هذا إذا أقام البينة على الآبق بالسرقة لم يقطع عند أبي حنيفة ومحمد حتى يحضر مولاه. وقال أبو يوسف: يقطع. وقد مضت هذه المسألة.[٢]

## [كتاب القاضي إلى القاضي في الآبق]

[٨٤٥.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: لا يكتب القاضي في الآبق إلى قاض آخر بشهادة الشهود على حليته. وقال أبو يوسف: يكتب، فإذا وصل الكتاب أنفذ العبد مع المدعي، وأخذ منه كفيلا حتى يسمع البينة على عينه، ولا يكتب في الأمة.[٣]

١ انظر: الأصل، ٩/٣٨٠؛ مختصر اختلاف العلماء، ٤/٣٥١؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤/٦٥، ٦٦.

٢ انظر: الأصل، ٩/٣٦٩.

٣ انظر: الأصل، ٩/٣٦٩، ٣٧٠.

وجه قولهما: أن الحلية تشبه الحلية فلا يقع بها التمييز، كالنسب المشترك. ولأنه لا يتعلق بها حكم في الجارية، فكذلك في الغلام، كالتسمية. وجه قول أبي يوسف: أن هذا يؤدي إلى إيصال كل واحد [٢٢٩و] منهما إلى حقه، فكان أولى. وهو القياس في الجارية، إلا أنه احتاط في الفروج فلم يسلمها؛ لجواز أن يطأها.

وذكر بعد هذا العبد يأبق إلى دار الحرب فيأسروه قال أبو حنيفة: لا يملكونه. وقالا: يملكونه. وقد مضت.

## [الوارث إذا رد الآبق بعد موت المورث]

[٨٤٦.] مسألة قال أبو يوسف في الوارث إذا جاء بالآبق بعد موت المورروث: فلا جعل له. وقال محمد: له الجعل.[١]

لأبي يوسف: أن الجعل بتسليم العمل؛ لأنه يجري مجرى الأجرة، والتسليم يوجد وهو شريك، فصار كالعامل فيما هو شريك فيه. والذي يبين أنه يستحق بالتسليم دون الحمل أنه لو أبق قبل التسليم لم يستحق. لمحمد: أن سبب الاستحقاق حمله من مسيرة ثلاثة أيام، وهذا المعنى حصل في حياة الميت ولا شركة، وإنما زال الملك بعد ذلك، فصار كالقصارة إذا فرغ منها قبل الموت.

* * *

---

١ انظر: الأصل، ٩/٣٧٩.

# كتاب المفقود

## [بيع والد المفقود ماله في نفقته]

[٨٤٧.] مسألة قال أبو حنيفة رحمه الله: [لوالد][1] المفقود أن يبيع ماله في نفقته ما خلا العقار. وقال الطحاوي: هذا قياس قوله في مسألة الغائب.[2] وقالا: ليس له ذلك. وقد بينا مسألة الغائب.[3]

## [المدة التي يحكم فيها بموت المفقود]

[٨٤٨.] مسألة قال في الأصل: إذا أتى على المفقود من المدة ما لا يعيش مثله إلى مثلها قضي بموته، وقسم ماله بين ورثته الموجودين يوم القسمة، ولا يرث من مات قبل ذلك. ولم يوقت محمد، وإنما قال: إن من فقد بصِفين أو بالجمل فاختصم ورثته اليوم فهذا قد مات.[4] وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: إذا مضت مئة وعشرون سنة من يوم وُلِد قضي بموته، ولا يقضى فيما دون ذلك.

وهذا ليس بخلاف، وإنما ذكره لأن الغالب في عصرنا أن العمر لا يزيد على ذلك. وما ذكره محمد إنما هو لأنه لم يبق في عصره من شَهِد الجمل وصفين.

* * *

---

١ الذي في المخطوط: لولد، ولعل الصواب ما أثبت، وهو ما في الأصل، ومختصر الطحاوي.

٢ مختصر الطحاوي، ٤٠٤.

٣ انظر: الأصل، ٩/٣٥٢؛ ؛ شرح مختصر الطحاوي، ٨/٤٢٩-٤٣٢.

٤ انظر: الأصل، ٩/٣٥٦، ٣٥٧.

# كتاب التحري [٢٢٩ظ]

## [التحري في الزكاة]

[٨٤٩.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أعطى زكاته إلى غني باجتهاد، ثم تبيَّن أنه غنيٌّ: جاز.[١] وقال أبو يوسف: لا يجوز. ولو أعطى إلى أبيه وأمه باجتهاد جاز في رواية الأصل، وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه لا يجوز، وهو قول أبو يوسف.[٢]

وجه قولهما المشهور: ما روي في خبر معن بن يزيد أن يزيدا أعطاه صدقته ليلا ثم أصبح فوجدها معه فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه فقال: «لك يا معنُ ما أخذتَ، ولك يا يزيدُ ما نويتَ».[٣] وروى أبو هريرة أن رجلا نذر أن يتصدق بشيء من ماله، فأخرجه إلى أبيه ليلا وهو لا يعلم، فأصبح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه يقولون: «قُبِلت صدقتك». ولأن الإنسان لا يعلم إلا من طريق الاجتهاد، فإذا دفع باجتهاد فقد انتقل من اجتهاد إلى مثله، فلا يفسخ الأول.

وجه الرواية الأخرى: أن النسب في الشرع صار كالمقطوع؛ ولهذا يجب الحد بنفيه، فصار كمن انتقل من اجتهاد إلى يقين.

وقد قال في الأصل: إذا أعطى إلى حربي باجتهاد جاز. وروي عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز، وهو قول أبي يوسف.[٤]

---

١ انظر: الأصل، ٢/٢١٧.

٢ انظر: الأصل، ٢/٢١٨.

٣ مسند أحمد، ٢٥/١٩ (١٥٨٦٠)؛ صحيح البخاري، ٢/١١١ (١٤٢٢).

٤ انظر: الأصل،٢/٢١٨.

وجه ما في الأصل: أن الكفر يعلم من طريق الاجتهاد، فصار كالغنى. وجه الرواية الأخرى: أن الصدقة على وجه النفل لا قربة فيها عليه، فلا يجوز صرف الفرض عليه باجتهاد، كعبده. وأما أبو يوسف فقال في جميع هذه المسائل: كل من لا يجوز دفع الصدقة إليه مع العلم لا يجوز مع الاجتهاد كالعبد.

## [التحري في القبلة]

[٨٥٠.] مسألة قال أبو يوسف: إذا اجتهد في القبلة فكان أكثر رأيه وجها من تلك الوجوه، فصلى إلى غيره، فإذا هو القبلة: جاز. وقال محمد: لا يجوز.

لأبي يوسف: أنه تبين مصادفة الفرض، فجازت صلاته، كمن حكم بالنص وهو لا يعلم، وكمن ظنَّ أن عليه صلاة: قضاها ثم تيقن. لمحمد: أن فرضه أن يصلي إلى الجهة التي اجتهد إليها، فإذا تركها فقد ترك فرضا من فروض صلاته فلا يصح. ولأنه يعتقد أنه [عاند][1] بعدوله عن القبلة فلا يجوز.

## [التحري في الآنية]

[١٥٨.] [مسألة] قال في الأصل: [٢٣٠و] لا يتحرى في الإناءين. وروى بشر بن غياث عن أبي يوسف عن أبي حنيفة جواز التحري، وقد مضت.[2]

* * *

١ وفي المخطوط: غايب، وصورته: ، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ وهي في المفقود من الكتاب.

# كتاب الحجر

## [الحجر على المبذر]

[٨٥٢.] مسألة قال أبو حنيفة: لا يحجر على المبذِّر. وقالا: يحجر عليه. قال محمد: الفاسد الذي يستحق الحجر: كل من كان مُضيّعا لماله مفسدا له لا يبالي ما صنع. وروى علي بن الجعد عن أبي يوسف قال: إذا كان سفيها حجرتُ عليه.[١]

لأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا﴾ [البقرة، ٢/٢٨٢] فأجاز مداينة السفيه. وروى أبو يوسف عن خارجة بن مصعب عن يونس بن عبيد عن الحسن قال: قيل: يا رسول الله إن فلانا لا يشتري شيئا إلا غُبِن فيه فاحجر عليه فقال: «لا، ولكن اشتر وقل: لا خلابة».[٢] ولأنه جائز القول في الحدود فجاز إقراره بالديون كغير المحجور.

لهما: ما روي أن عليا رضي الله عنه قال لعثمان: «احجر على عبد الله بن جعفر»،[٣] فهذا يدل على جعله الحجر في الشرع، ولأنه غير عالم بمصالح نفسه كالمجنون. ولا يقال: إن الحجر مما يسوغ فيه الاجتهاد فإذا حكم به حاكم جاز ذلك؛ لأن الحاكم يفسخ عقدا منعقدا، وفي مسألة الحجر يمنع من بيع في المستقبل، ونَهي صاحب الشريعة لا يوجب الفساد، لأن حجره لو أثَّر في الفسخ صار كأنه قال: "فسخت ما تبيعه في المستقبل" وهذا لا يسوغ فيه الاجتهاد.

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٢١٥/٥.

٢ انظر: مسند أحمد، ١٠٠/١٠ (٥٨٥٤).

٣ انظر: مصنف عبد الرزاق، ٢٦٧/٨ (١٥١٧٦)؛ السنن الصغرى للبيهقي، ٣٠٠/٢ (٢٠٧٨).

## [الحجر على المفلس]

[٨٥٣.] مسألة قال أبو حنيفة: لا يحجر على المفلس. وقالا: يحجر عليه. قال محمد: الحجر حجران: حجر فساد، فلا يجوز البيع ولا الشراء، ولا شيء من أمره إلا الطلاق والعتاق. وأما حجر الدين فإنه بمنزلة إقرار المريض، فلا يصدق في أن ينقص غرماء الصحة. وكذلك حجر الدين لا يصدق في أن ينقص غريمه الذي حبس بدينه. وأما إذا باع بمثل القيمة وقبض ثمنه بمحضر من الشهود جاز.

وجه قول أبي حنيفة: أن المفلس لم يستفد التصرف من جهة الحاكم، فلم يملك [٢٣٠ظ] منعه منه، كالمليء. ولأنه يجوز إقراره بالحدود، فجاز بالديون كغيره. ولا يجوز اعتباره بالمريض؛ لأنه سبب في الموت، والموت ينقل الدين من الذمة، فأثر المرض في تعليقه بالمال. وهما: ذهبا إلى حديث معاذ أن رسول الله صلى الله عليه باع عليه ماله،[١] وكذلك عمر بن الخطاب باع مال أُسَيفِع.[٢] ولأن ديونهم تعلق بماله كالمرض.

## [الحجر بعد البلوغ على غلام غير مصلح]

[٨٥٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا بلغ الغلام غير مصلح فبياعاته جائزة، وإقراره جائز، ولا ينبغي أن يُمكَّن من ماله، ولكن يُمنَع منه إلى خمس وعشرين سنة، فإذا أكملها دُفِع إليه. وقالا: يحجر عليه أبدًا.[٣]

لأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الإسراء، ١٧/٣٤]. ومن حكم الغاية أن يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها، وهذا

---

١ انظر: مصنف عبد الرزاق، ٢٧٦/٨ (١٥١٧٧)؛ المعجم الكبير، ٣٠/٢٠ (٤٤).

٢ وفي المخطوط: أسفيع، ولعل الصواب ما أثبت. | انظر: موطأ مالك، ١١١٨/٤ (٢٨٤٦)؛ مصنف عبد ابن أبي شيبة، ٥٨٢/١١ (٢٣٣٦٩).

٣ انظر: الأصل، ٤٦٦/٨– ٤٦٨.

يمنع جواز تصرف الوصي بعد الأشد. ولا يعارض هذا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء، ٦/٤] لأنه يقتضي جواز الدفع بشرط، ولا ينفي غيره. ولو التزمنا دليل الشرط كان قوله: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم﴾ يفيد المنع عَقيب البلوغ. وكذلك نقول: ولا معنى لقولهم: "إن الأشد مجمل" لأن الظاهر يقتضي بلوغه إلى حالة لا يجوز تصرف الوصي عليه، وهذا خلاف قولهم، والإجمال لا يمنع من هذا. وقد قيل: إن الأشد يعبر به عن ثمانية عشر، وعن اثنتين وعشرين، وخمسة وعشرين، فكان اعتبار الأكثر أولى. ولأن الأشد عبارة عن السن الذي تستقل فيه القوة والرأي، وهذا يحصل في خمسة وعشرين. قال أبو حنيفة: يجوز أن يكون جَدًّا بأن يبلغ لاثني عشرة سنة، ويولد له لستة أشهر، ويبلغ ولده لاثني عشر، ويولد له لستة.

ولا معنى لقولهما: "لا فائدة للمنع من المال مع جواز التصرف"؛ لأن التصرف يمكن مع ثبوت اليد ما لا يمكن مع عدمها. ولا معنى لقولهما: "إن هذا ضربٌ [٢٣١و] من الحجر وأنتم لا تقولون به"؛ لأن هذا منع ليس بحجر، ومثل ذلك غير ممتنع؛ ألا ترى أن من رآه الحاكم يحرق ثوبه ويحرق داره ويرمي ماله في الماء منعه من ذلك. ولو باعه في ذلك الحال صح بيعه.

وجه قولهما: أن الله تعالى أباح الدفع إليه بشرط، وهو إيناس الرشد فلا يجوز قبله. ولأن من أصلهما: جواز ابتداء الحجر على من ليس بمصلح، فلأن لا يزال الحجر مع عدم الصلاح أولى.

## [الفرق بين السفيه والصغير]

[٨٥٥.] مسألة قال أبو يوسف ومحمد: السفيه في جميع الأشياء بمنزلة الصغير، إلا أربعة أشياء: لا يجوز تصرف وصي الأب عليه، ويجوز عنه، ووصيته بالثلث، وتزويجه بمهر المثل. أما تصرف وصي الأب فلأنه بالغ له قول صحيح، فلا ينفذ

تصرف الوصي عليه ابتداء. وأما الوصية فقال علي بن الجعد عن أبي يوسف: لا يجوز بيع المحجور، ولا وصيته ولا إقراره.[١]

## [وصايا من بلغ مفسدًا]

قال أبو سليمان عن محمد: القياس في وصايا الغلام الذي بلغ وهو مفسد أن لا تصح، ولكنا نستحسن فنقول: إذا أوصى بتدبير أو غيره، مما يوافق الحق ويرضى به أهل الخير والفضل من العتق والتدبير والحج والزكاة، وليس فيه فسق ولا سرف: أن يجوز.

لأبي يوسف: أن الإقرار في الدين أقوى من الوصايا؛ لأنه يتقدمها فإذا لم يجز إقراره فوصيته أولى. وجه قول محمد: أن الحجر يثبت عليه الفساد وهذه الوصايا لا فساد فيها. ولأنه في باب الحجر كالمريض تجوز وصيته.

فأما العتق فلا يختلفون في جوازه، وإنما الكلام في السعاية فذكر في الأصل أن عليه أن يسعى ولم يذكر خلافا. وقال ابن سماعة عن محمد: عتقه جائز ولا يسعى.

لأبي يوسف: أن العتق مما لا يلحقه الفسخ، وسقوط السعاية عن العبد مما يلحقه الفسخ، وما جاز أن يلحقه من التبرع فتصرف المحجور لا يجوز فيه [٢٣١ظ] كهبته ومحاباته. ولأن حجر السفه آكد من حجر المرض، لأنه يمنع البيع والإقرار. ثم كان عتق المريض يتعلق به السعاية فتعلقه بعتق المحجور أولى.

لمحمد: أن العتق إسقاط حق ليس فيه تمليك، فصار كالطلاق. ولأن السعاية تلزم لتعلق حق الغير بمال المعتق، ولا حق لأحد في مال السفيه. والعتق في حال الصحة إذا وقع في ملك لم يتعلق به حق الغير لم يوجب السعاية، كعتق غيره.

---

١ انظر: الأصل، ٨/٤٦٨، ٤٧٠.

## [بم يكون الحجر على المبذر]

[٨٥٦.] مسألة قال أبو يوسف: لا يصير المبذر محجورا حتى يحجر عليه القاضي. وقال محمد: يصير محجورا بنفس السفه.[1]

لأبي يوسف: ما روي أن الصحابة طلبوا من النبي عليه السلام الحجر على حبّان،[2] وطلب عليٌّ من عثمان الحجر على عبد الله بن جعفر، وهذا يدل على أنه لا يصير محجورا بنفس السفه. ولأن الحجر متعلق بتبذير بصفة وهو ما لا عوض فيه، وذلك لا يتميز إلا باعتبار الحاكم. لمحمد: أن الأسباب الموجبة للحجر في الإقرار لا تقف على فعل الحاكم، كالمجنون.

## [ضمان المحجور القرض]

[٨٥٧.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا استقرض المحجور مالا فاستهلكه: لزمه ضمانه. وقال محمد: لا يلزمه.[3]

أما أبو حنيفة: فمن أصله أن تصرفه كتصرف الصحيح. وأما الخلاف بينهما ففرع على مسألة الصبي إذا استقرض أو أودع وقد بيناها.

ولو أنفق ما استقرضه على نفسه من غير إسراف قضاه القاضي من ماله، وإن أنفقه بإسراف قضاه عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يقضي ما زاد على نفقة مثله. أما أبو حنيفة: فلأنه لا يرى الحجر. وأما أبو يوسف فقال: ما زاد على مقدار نفقته فهو كالوديعة، ومن أصله: أن وديعة المحجور إذا استهلكها ضمنها في الحال. وعلى أصل محمد: لا يضمن.

---

١ انظر: الأصل، ٤٨٦/٨.

٢ هو حبان بن منقذ، وقد مر حديثه في المسألة رقم: ٨٥٢.

٣ انظر: الأصل، ٤٨٣/٨، ٤٨٤.

## [الحجر على المحبوس بالدين]

[٨٥٨.] مسألة ذكر ابن سماعة عن محمد في المحبوس بالدين إن سأل الغريم القاضي أن يحجر عليه ويمنعه من الإقرار: [٢٣٢و] فَعَل. وقال محمد: فأما قول أبي حنيفة وأبي يوسف بخلاف هذا، لا يحجران على الذي حبسا. وروى علي بن الجعد عن أبي يوسف قال: إذا حبسته حجرت عليه. وقال محمد: قال القاسم بن معن: إذا أقر بدين حبسته، وحبسي إياه حجر.[1]

أما على أصل أبي حنيفة: فلا يحجر على السفيه والمفلس. وأما أبو يوسف فقال: يحجر على المفلس؛ حتى لا يُدخِل ضررا على غرمائه، ومن لم يظهر منه فلس فإن القاضي لا يحجر عليه؛ لأنه ليس في إقراره ضرر بغرمائه. وأما محمد فقال: الحجر لحق الغرماء، فوقف على مطالبتهم. وأما القاسم فقال: إنه[2] ممتنع من أداء الحق في الظاهر فصار متهما في حق الغرماء، كما يتهم السفيه في حق نفسه.

* * *

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ١٧٩/٣، ١٨٠.

٢ وفي المخطوط: له، ولعل الصواب ما أثبت.

# كتاب الشرب

## [كري النهر المشترك]

[٨٥٩.] مسألة قال أبو حنيفة في النهر المشترك: إن كرى أعلاه على جماعتهم حتى تجاوز أرض الأول: فيكون على الباقين، وكلما جاوز أرض رجل سقط عنه الكري. وقالا: كري النهر من أوله إلى آخره على جماعتهم بحصص الشرب والأرضين.[١]

وجه قول أبي حنيفة: أن أعلى النهر ينتفع به الجماعة فإذا تجاوز أرض رجل فهو غير منتفع بكري ما بعده؛ ألا ترى أنه لا حق له في ذلك الموضع، فسقط عنه نفقته. وجه قولهما: أن صاحب الأعلى ينتفع بآخر النهر في سيل الماء إليه، وهو ينتفع بهذا كما ينتفع بالشرب، فكانت نفقته عليه. وهذا ليس بصحيح؛ لأن من شرب من تلك البقعة أخص بمنفعتها ممن يسيل الماء فكانت النفقة على الأخص، كمن له مسيل ماء على سطح رجل أن النفقة على صاحب السطح؛ لما كان أخص بالانتفاع.

## [إذن الإمام في إحياء الموات]

[٨٦٠.] مسألة قال: لا يكون الإحياء إلا بإذن الإمام. وقالا: يجوز بغير إذنه.[٢]

لأبي حنيفة: قوله عليه السلام: «ليس للمرء إلا ما طابت [٢٣٢ظ] به نفس

١ انظر: الأصل، ١٥٢/٨.

٢ انظر: الجامع الصغير، ٣١١؛ مختصر اختلاف العلماء، ٥١٨/٣؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤٤٣/٣، ٤٤٤.

إمامه».[١] ولأن حق الجماعة متعلق بالموات، فلم يجز لأحد أن يختص به إلا بإذن الإمام، كمال بيت المال. وجه قولهما: قوله عليه السلام: «من أحيى أرضا مواتا فهي له».[٢] ولأن الموات على أصل الإباحة، كالماء والحطب.

[حريم البئر]

[٨٦١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا حفر بئرا في مفازة بإذن الإمام كان حريمها أربعين ذراعا. وقالا: إن كانت للنضح فستون.[٣]

لأبي حنيفة: أن حريم البئر محتاج للانتفاع بها، إما لقيام البهائم أو لجرِّ الدلو، أو حتى لا يحفر إلى جانبها بئرا يأخذ ماءها، وهذا المعنى يكتفى فيه في العادة بأربعين، فلا معنى للزيادة. وجه قولهما: قوله عليه السلام: «في حريم بئر الناضح ستون ذراعا».[٤] والجواب: أن هذا يحتمل أن يكون في بئر يحتاج إلى هذا القدر من الحريم، ومتى احتاجت اعتبر ذلك، فلم يكن في المسألة خلاف في المعنى.

[سوق الشرب إلى أرض ليس لها حق في الشرب]

[٨٦٢.] مسألة قال في الأصل: إذا كان النهر بين جماعة فأراد أحدهم سوق الشرب إلى أرض له أخرى ليس لها حق في الشرب: لم يكن له ذلك. وقال هشام عن محمد: له ذلك.[٥]

وجه ما في الأصل: أن حقه يثبت لسقي أرض بعينها، فإذا سقى غيرها يريد أن يثبت حقا لأرض أخرى، وهذا لا يصح. ولأنه يجوز أن يشاهد على مُضِيِّ الأيام

---

١ المعجم الأوسط، ٢٣/٧.

٢ انظر: مصنف ابن أبي شيبة، ٤٣٨/١١ (٢٢٨٢٩)؛ صحيح ابن حبان، ٦١٦/١١ (٥٢٠٥).

٣ انظر: الأصل، ٤٠/٧؛ مختصر اختلاف العلماء، ٤١٤/٣، ٤١٥؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤٥٠/٣، ٤٥١.

٤ انظر: الأصل، ٤٠/٧.

٥ انظر: الأصل، ١٦٨/٨.

فيشهد لتلك الأرض بحق في الشرب، وهذا ضرر على أهل النهر. لمحمد: أنه استحق من هذا الشرب قدرا معلوما، فله أن يستعمل أين شاء؛ لأن الضرر واحد.

[الخيار في الشرب] – [البائع يحدث في المبيع حدثا وللمشتري الخيار]

[٨٦٣.] مسألة قال في الأصل: إذا كان للمشتري خيار شرط وخيار رؤية فأحدث البائع في المبيع حدثا بطل خيار المشتري. وقال بعد ذلك: وقال أبو يوسف بعد هذا القول: المشتري على خياره، ولا يشبه ما أحدثه البائع ما أحدثه غيره. قال محمد: قول أبي يوسف في الخيار أعجب إليَّ وبه نأخذ. فيجوز أن يكون الأول قول [٢٣٣و] أبي حنيفة.[١]

ووجهه: أن البائع لا حق له في المبيع ولا يد، فصار جنايته كجناية الأجنبي. وجه قولهما: أنا لو أبطلنا خيار المشتري كنا نبطله بفعل البائع، وهذا لا يجوز، كما لا يجوز إبطاله بقوله.

* * *

١ انظر: الأصل، ٨/١٨٥، ١٨٦.

# كتاب الأشربة

## [الخمر]

[٨٦٤.] مسألة قال أبو حنيفة: الخمر عصير العنب إذا غلى واشتدَّ وقذف بالزبد. وقالا: إذا غلا واشتدَّ وإن لم يقذف بالزبد.

لأبي حنيفة: أن الخلاف في إثبات الاسم، والأسامي لا تثبت إلا بالتوقيف. ولأنه ما لم يقذف بالزبد فلم ينته إلى غاية أحواله، وإنما حاله ناقصة، فصار كما غلى ولم يشتدّ. ولأن المطلوب بهذه التسمية ما يتعلق به في وجوب الحد، والحد لا يتعلق إلا بالمقصود من كل نوع. لهما: ما روي عن عمر أنه قال: «الخمر ما خامر العقلَ».[1] ولأن الشدة المقصودة قد حصلت، فصار كما لو قذف بالزبد.

## [حكم المنصف]

[٨٦٥.] مسألة قال أبو حنيفة: المُنَصَّف لا يحلُّ شربه ويجوز بيعه. وقالا: لا يجوز بيعه.[2]

لأبي حنيفة: أنه مختلَف في شربه، وهو غير مستخبَث، فصار كالمُثلَّث. لهما: أنه شراب محرَّم كالخمر. وقد روى الحسن في نقيع الزبيب إذا اشتد: أنه حرام، ويجوز بيعه في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وهذا خلاف المشهور عن أبي يوسف.

---

١ انظر: نوادر المعلى، ١١٦و، ١١٦ظ؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣٦٥/٦، ٣٦٦؛ شرح مختصر الطحاوي، ٣٨٥/٦، ٣٨٦.

٢ انظر: نوادر المعلى، ١١٦و، ١١٦ظ.

## [حكم الأنبذة]

[٨٦٦.] مسألة روى ابن رستم عن محمد قال أبو حنيفة: الأنبذة كلها حلال إلا أربعة: الخمر، والمطبوخ إذا لم يذهب ثلثاه، ونقيع التمر، ونقيع الزبيب. وكان قول أبي يوسف فيما رواه ابن سماعة: أن كل شراب يبقى عشرة أيام بعد بلوغه فلا خير فيه، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة. قال ابن شجاع: عن ابن أبي مالك قيل لأبي يوسف: هل في نفسك من النبيذ شيء؟ فقال: «وكيف لا يكون في نفسي منه شيء وقد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه، في نفسي منه مثل الجبال».[١] وروى هشام عن [٢٣٣ظ] محمد قال: ما أسكر كثيره فلا أحرِّمه، وأحبُّ إليَّ أن لا أشربه. وذكر في الأصل قال أبو يوسف: يكره كل شراب يزداد جودة على طول الترك في الإناء، ووقته عشرة أيام، فإن كان يحمض في عشرة أيام أو أقل منه فلا بأس به، وهو قول محمد. ثم رجع أبو يوسف وقال: لا بأس بذلك كله. وما ذكره أبو جعفر عن أبي يوسف من كراهة المعتق فقوله المرجوع عنه.[٢]

## [المطبوخ من التمر والزبيب]

أما مطبوخ التمر والزبيب فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَمِن ثَمَرَاتِ ٱلنَّخِيلِ وَٱلْأَعْنَٰبِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل، ٦٧/١٦]. وروى عكرمة عن ابن عباس قال: أُتي رسول الله صلى الله عليه بنبيذ فلما شمَّه قطب، وناوله الغلام، فلما كاد أن يقطع الأبطح، قالوا: يا رسول الله أحلال أم حرام؟ قال: فقال: «رُدُّوه»، فلما رَدُّوه دعا بكوز من ماء فصبَّه

---

١ انظر: عيون المسائل، ٣٧٨، ٣٧٩.

٢ انظر: نوادر المعلى، ١١٦و، ١٦٦ظ؛ مختصر الطحاوي، ٢٧٧، ٢٧٨؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣٧١/٤-٣٧٤؛ شرح مختصر الطحاوي، ٣٥٧/٦-٣٧٤.

عليه، وقال: «إذا اشتدَّ عليكم فاكسروه بالماء».[١] وروى المطلب بن أبي وداعة قال: أتيت النبي عليه السلام بقدح من نبيذ فصبَّ عليه الماء حتى ترقَّق ثم شربه.[٢] وروى أبو إسحاق عن الحارث عن عليٍّ قال: سألت النبي عليه السلام عن الأشربة عام حجة الوداع فقال: «حرم الخمر بعينها والسكر من كل شراب».[٣] وروى أبو سعيد الخدري عن النبي عليه السلام أنه قال: «إن الله تعالى حرم الخمر بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب». ولأن الأشربة كانت مباحة، والحاجة إلى معرفة تحريم بعضها كالحاجة إلى معرفة تحريم بقيتها، فلو استوت في التحريم لكان البيان في الأنبذة كالبيان في الخمر، فلما لم يتساويا دل على اختلافهما في التحريم.

وجه قولهما قوله عليه السلام: «ما أسكر كثيره فقليله حرام».[٤] وقوله: «كل مسكر حرام».[٥]

## [عصير العنب]

وأما عصير العنب إذا ذهب ثلثاه فالأصل فيه ما روي أن عمر بن الخطاب استشار في أمر الشراب، فذكر له شراب يتخذه النصارى في أعيادهم يطبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه، [٢٣٤و] فاستدعاه عمر وقال: ما أشبهه بطلاء الإبل، ثم صبَّ عليه الماء وشربه.[٦] وروي أنه كتب إلى أبي عبيدة: «بلغني أن شرابا يتخذه النصارى في أعيادهم حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فإذا أتاك كتابي فمُرْ من قبلك من الجند حتى يتوسعوا

---

١ انظر: سنن الدارقطني، ٤٧٣/٥ (٤٦٩٣).

٢ انظر: سنن الدارقطني، ٤٧٣/٥ (٤٦٩٣).

٣ الآثار لأبي يوسف، ٢٢٨ (١٠١٠)؛ مصنف ابن أبي شيبة، ٢٦٤/١٢ (٢٤٥٤٢).

٤ الآثار لمحمد بن الحسن، ٧١٤/٢ (٨٤٠)؛ سنن أبي داود، ٣٢٧/٣ (٣٦٨١).

٥ الآثار لأبي يوسف، ٢٢٧ (١٠٠٣)؛ مصنف ابن أبي شيبة، ١٦٣/١٢ (٢٤٢١٠).

٦ الموطأ، ١٢١٤/٥ (٣١٣٤).

به في أشربتهم»[١] فاعتبر في الإباحة ذهاب الثلثين، وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير. ولا يعارضه ما روي عن ابن عباس أنه قال: «إذا ذهب النصف حلَّ شربه»؛ لأنا لا نعلم ظهور ذلك كظهور ما كتب به عمر. وقد حكي عن بشر بن غياث أنه يحل بأدنى طبخ. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الإباحة لو حصلت به لم يكن لاعتبار الثلثين معنى، ولأنه يطبخ أدنى طبخ لتناهي صلاحه فلا يمنع التحريم.

وجه قول بشر: أن ما أباح نقيع التمر أباح عصير العنب؛ لأن الشدة فيهما على وجه واحد.

وأما العنب متى طبخ كما هو فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحل بأدنى طبخ، وروي عنه أنه لا يحل إلا بما يحل به العصير. وجه [ال]رواية الأولى: أن الزبيب يحل بأدنى طبخ، ومعلوم أنه يعود إلى حال العنب. وأما وجه الرواية الأخرى: فلأن الطبخ يقع في العصير، فصار كما لو عصر. وليس كذلك الزبيب؛ لأن الطبخ يحصل في الماء الذي ينفصل إليه أجزاؤه، فصار كالطبخ في عصير التمر.[٢]

وروى الحسن عن أبي يوسف في نقيع الزبيب: أنه يحل بأدنى طبخ. وروى عنه محمد: أنه لا يحل إلا بذهاب الثلثين؛ لأن أجزاؤه تنحل بالطبخ فيصير كالعصير.

## [شراب الذرة والشعير]

وأما الشراب المتخذ من الذرة والشعير فيحل من غير طبخ؛ لقوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين»،[٣] ومعلوم أنه لم يبين الاسم وإنما بيَّن الحكم، فكأنه قال: "المحرَّم من هاتين الشجرتين". ولأنها مأكولة، والشدة التي تحدث فيها بمنزلة ما يحدث من أكل الخبز الذي فيه الخلط.

---

١ الآثار لأبي يوسف، ٢٢٧ (١٠٠٤).

٢ وصورته في المخطوط: .

٣ مصنف ابن أبي شيبة، ٢٣٤/٩ (٢٤٢٣١)؛ صحيح مسلم، ١٥٧٣/٣ (١٩٨٥).

وروى الحسن عن أبي حنيفة: كراهة شرب نبيذ الذرة والحنطة، وهو خلاف المشهور.

## [حكم الخليط من الأشربة]

وأما الخليطين فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: كل شراب جاز شربه على الانفراد لم يكره شربه إذا اختلط بغيره. وقال محمد: [٢٣٤ظ] يكره إذا كان شديدًا.[١]

وجه قولهما: أن كل واحد منهما مباح على الانفراد فلم يؤثر الاختلاط، أصله: سائر الأشربة المباحة. ولأنه ليس في الأصول شيئين يستباح كل واحد منهما على الانفراد، فإذا خلطا لم يستباحا. وجه قول محمد: ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن الخليطين.[٢] ولأن من أصله: أن كل واحد منهما محظور على الانفراد، فكذلك إذا خلطا.

## [تخليل الخمر]

[٨٦٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا طرحت في الخمر سمكا وملحا حتى صارت مربى: فلا بأس به. وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: إن كانت الخمر هي الغالبة جاز، وإن كان ما طرح فيها غالبًا لم يجز.[٣]

لأبي حنيفة: ما روي عن أبي الدرداء أنه أباح هذا بعينه، ولا يُعرَف له مخالف. ولأنها يستحيل بالسمك والملح، كما لو صارت خلا. وأما أبو يوسف فقال: إن كانت الغلبة للسمك فالحكم له، ولا يعلم حصول الاستحالة في أجزاء الخمر، وإنما

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٣٦٩/٤-٣٧١.

٢ مصنف ابن أبي شيبة، ٢٤٩/١٢ (٢٤٤٨٨)؛ سنن ابن ماجة، ٣٣٦/٣ (٣٣٩٥).

٣ انظر: نوادر المعلى، ١١٦ظ؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣٥٩/٤-٣٦٣؛ شرح مختصر الطحاوي، ٣٩٠/٦.

صارت مغلوبة فصار كمن طرح في سمك قليل خمر. وإن كانت الخمر غالبة فقد علم استحالتها، والاستحالة تؤثر في التطهير.

وقد روي عن محمد في مربى يُصَبُّ في خمر فيغلب عليها المربى لم تؤكل. وإن صُبَّ في خل وأجزاء الخل غالبة أكل؛ وذلك لأن الخمر لا تصير مربى إلا بالصنعة، ولا تصير بطبعها. وأما الخل إذا كانت غالبة فلأنها ينتقل بطبعها، ونحن نعلم أن ما تخلل من الخمر قد يبقى فيه أجزاء من الخمر، ومع ذلك لا يمنع من الإباحة.

## [هل يحد الذمي بسكر]

[٨٦٨.] مسألة قال أصحابنا: إذا سكر الذمي من الخمر لم يحد. وقال الحسن بن زياد: يحد.[1] وجه قولهم: أنهم أُقِرُّوا على شربها؛ لما يعتقدون فيها، فلم يكن ذلك بأكثر من عبادتهم لغير الله. ولأنها في حقهم كالعصير؛ بدلالة جواز تصرفهم فيها وتمولهم. وجه قول الحسن: أن الخمر محرمة في حق الجميع، وتقرير الذمي عليها كتقرر المسلم على شرب المطبوخ، فإذا وجب الحد على أحدهما، بالسكر كذلك الآخر. [٢٣٥و]

## [إنفحة الميت]

[٨٦٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا جعلت إنفحة[2] الميت في جبن فلا بأس به، جامدة كانت الإنفحة أو مائعة. وقالا: إذا كانت جامدة فلا بأس بها إذا غسلت كالبيضة، وإن كانت مائعة فلا خير فيها.[3]

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٣٩٦/٦.

٢ وهي كرش الحمل والجدي، وكذلك شيء يخرج من بطنه أصفر يعصر في صوفة مبتلة في اللبن فيغلظ كالجبن. لسان العرب، «نفح».

٣ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٣٥٧/٤، ٣٥٨.

لأبي حنيفة: اتفاق الصحابة على الانتفاع بأجبان المجوس، وإن كانت متخذة من الميتة. ولأن اللبن لا يجوز أن ينجس بالموت؛ لأنه لا حياة فيه، ولا ينجس بالمجاورة؛ لأنه يلاقي بلة الخلقة، وتلك البلة طاهرة في الأصل، وإنما نجست من طريق المجاورة، فلا ينجس ما جاوره في حال العذر. وجه قولهما: أن اللبن وإن كان طاهرا فقد حصل في وعاء نجس، فنجس بمجاورته.

* * *

# كتاب الحظر والإباحة

## [النظر إلى قدم الأجنبية]

[٨٧٠.] مسألة روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يحل النظر إلى وجه الأجنبية وكفها وقدمها. وظاهر ما في الأصل يقتضي: أن لا يجوز النظر إلى القدم؛ لأنه استثنى الوجه والكف.[١]

وجه ما ذكره الحسن: قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور، ٣١/٢٤]، والمراد به: ما يظهر في العادة، وهذا موجود في ظاهر القدم؛ ألا ترى أن نساء العرب لم يكنَّ يلبسن الخفاف. ولأنه مما يظهر في العادة كالوجه. ولأن في النظر إلى الوجه [الشهوة] أشد، فإذا جاز [النظر] للعذر فالقدم أولى.

وجه ما في الأصل: ما قيل في تفسير قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور، ٣١/٢٤] الكحل والخاتم، فوجب حمل الآية عليه وتخصيصها به. ولأن ظاهر القدم يستره الخف في العادة، وقد كان يستر في نساء العرب بالثوب؛ لأن من عادتهنَّ جرّ ذيولِهنَّ، فصار كسائر ما يتستر من البدن.

## [افتراش الحرير والديباج والنوم عليهما]

[٨٧١.] مسألة قال أبو حنيفة: لا بأس بافتراش الحرير والديباج والنوم عليهما. وقالا: يكره ذلك. وقد روى أبو يوسف عن ابن عباس: أنه اتكأ على مِرْفَقة من حرير.

---

١ انظر: الأصل، ٢٣٦/٢؛ شرح مختصر الطحاوي، ٥٣٦/٨، ٥٣٧؛ مختصر القدوري، ٦٠٤/٢.

وعن سعد بن مالك أنه قال: «لأن أتكئ على جمر غضا أحبُّ إليَّ [٢٣٥ظ] من أن أتكئ على مرفقة من حرير».[١]

لأبي حنيفة: أن ما فيه التصاوير أبلغ في التحريم من الحرير ومع ذلك يجوز أن يسط ويتكئ عليه؛ بدلالة ما روي أن رسول الله صلى الله عليه دخل بيت عائشة فوجد عندها قراما عليها تصاوير، فأمرها أن تتخذ منها وسائد.[٢] فإذا لم يمنع من توسد المصوَّر فالديباج أولى. ولا يختلفون أنه لو حشى الفرش والوسائد بالقز جاز النوم عليها؛ لأنه غير لابس لها، فكذلك الوسائد.

وجه قولهما: ما رواه أبو موسى أن رسول الله صلى الله عليه [قال]: «أحلَّ الحرير لإناث أمتي وحرم على ذكورها»[٣] وفي حديث عليٍ أن رسول الله صلى الله عليه أخذ الحرير بيساره والذهب بيمينه ثم رفع بهما وقال: «إن هذين حرام على ذكور أمتي،[٤] حل لإناثهم».[٥] ولأن القعود عليها استعمالها كاللبس.

## [لبس الحرير في الحرب]

[٨٧٢.] مسألة قال أبو حنيفة: أكره لبس الحرير المصمت في الحرب. وقالا: لا يكره. واتفقوا على جواز لبس الملحم من الحرير في الحرب خاصة.[٦]

---

١ انظر: الجامع الصغير، ٤٧٦؛ شرح مختصر الطحاوي، ٥٤٧/٨.

٢ مسند الدارمي، ٨٧٧/٢ (٢٦٨٩)؛ وانظر: مسند أحمد، ١١/٢٠ (١٢٥٣١)؛ سنن النسائي، ٢١٤/٨ (٥٣٥٦).

٣ مسند أحمد، ٢٥٩/٣٢ (١٩٥٠٣)؛ سنن النسائي، ١٦١/٨ (٥١٤٨).

٤ وفي المخطوط زيادة: وإن حرير، ولعل الصواب ما أثبت.

٥ مصنف ابن أبي شيبة، ٤٥١/١٢ (٢٥١٤٩)؛ سنن أبي داود، ٥٠/٤ (٤٠٥٧).

٦ انظر: الكسب، ١١٤؛ الجامع الصغير، ٤٧٧؛ مختصر اختلاف العلماء، ٣٧٦/٤؛ شرح مختصر الطحاوي، ٥٥٠/٨، ٥٥١.

لأبي حنيفة: حديث علي وأبي موسى وهو عام. وروي أن النبي عليه السلام رخَّص للزبير لبس الحرير في الحرب.[١] وتخصيصه بهذا يدل على المنع لغيره. وقد روي عن عبد الله بن مُحَيريز أنه سئل عن ذلك فقال: إن يكن [فهو] أشد ما يكون كراهة لما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه حين يتعرض للشهادة. ولأنه يمكن دفع ضرر الحرب بغيره، فلم يقع إليه الضرورة. وليس كذلك الملحم؛ لأن حكمه أخف، فجاز أن يرخص فيه.

وجه قولهما: أن هذه حال عذر؛ لأنه يدفع عن المقاتل الحديد، والعذر يبيح المحظور. ولهذا جاز الملحم بالاتفاق. وقد رخص النبي عليه السلام في ذلك للزبير، وحكمه وحكم غيره في الشريعة سواء.

## [استعمال المفضض]

[٨٧٣.] مسألة قال أبو حنيفة: لا بأس بالشرب في إناء مُفضَّض إذا وضع فاه على الإناء. وكره أبو يوسف ذلك، قال: وقد صارت الفضة كبعض الإناء. وعلى هذا الخلاف الأكل والتدهن والمجامر.[٢]

لأبي حنيفة: ما روي في خبر أسماء بنت أبي بكر أن جبَّة رسول الله صلى الله عليه كانت مكفوفة [٢٣٦و] الجيب والكمين بالديباج.[٣] ومعلوم أن الديباج منهي عنه للمعنى الذي نهي عن الفضة، ثم جاز ما كان منها تَبَعا، فكذلك الفضة التابعة للإناء. وقد جوّز المسمار من الذهب في الخاتم، والعَلَم في الثوب. روى النخعي والشعبي أن عمر بن الخطاب رخَّص في العَلَم أصبعا وأصبعين وثلاثا وأربعا.

---

١ صحيح البخاري، ٤٢/٤ (٢٩١٩)؛ صحيح مسلم، ١٦٤٦/٣ (٢٠٧٦).

٢ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٣٦٣/٤-٣٦٥؛ شرح مختصر الطحاوي، ٥٤٧/٨، ٥٤٨.

٣ انظر: مصنف ابن أبي شيبة، ٤٦٠/١٢ (٢٥١٧٤)؛ سنن ابن ماجة، ٤١١/٣ (٣٥٩٤).

لأبي يوسف: أن النهي عن استعمال الفضة متفق عليه، وهو موجود في المفضَّض.

وقد قال أبو حنيفة: لا بأس باللجام المفضض والركاب والثفر، ولا بأس أن يفضَّض سقف البيت ويذهَّب. قال أبو يوسف: وقياس قوله إذا كان السرير مفضضا أن يجوز إذا كان مقعده على غير فضة. وأما أبو يوسف فكره جميع ذلك.

لأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ﴾ [الأعراف، ٣٢/٧]، وقوله: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة، ٢٩/٢]. وروي أن النبي عليه السلام كان في أنف بعيره بُرَة من فضة.[١] وزوّق مسجد رسول الله صلى الله عليه في زمن عثمان ولم ينكره أحد، ولأن استعماله في الدابة ليس باستعمال في البدن، فيجري مجرى التجمل بآنية الفضة من غير استعمال. لأبي يوسف: أن هذا من زِيِّ المشركين، واستعمالهم على طريق التفاخر، فصار كلبس الديباج.

وقد قال أبو حنيفة: لا بأس بحلقة المرأة أن تكون فضة أو ذهبا. وقال أبو يوسف: لا خير فيه. لأبي حنيفة: أن الحلقة تَبَع كالطراز. وأبو يوسف قال: تستعمل على طريق الزينة، وهذا ممنوع منه.

## [إعادة السن وشده]

[٨٧٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا سقط ثنية الرجل كره أن يعيدها، ولكن يأخذ سن شاة ذكية. وقال أبو يوسف: لا بأس أن يعيدها، ولا يشبه سنه سن غيره، أستحسن ذلك. وبينهما فرق عندي، وإن لم يحضرني.[٢]

---

١ مسند أحمد، ٢٤٩/٤ (٢٤٢٨).

٢ انظر: الجامع الصغير، ٤٧٧؛ عيون المسائل، ٣٨٢؛ شرح مختصر الطحاوي، ٥٣٤/٨، ٥٣٥، ٥٤٨، ٥٤٩.

لأبي حنيفة: أن ما انفصل من الآدمي لا يجوز له إمساكه والصلاة فيه، كعضو من أعضائه. لأبي يوسف: أن السن لا يؤثر فيها الموت، فكذلك الانفصال في حال الحياة. وفرق بين سنه وسن غيره؛ لأن سن الغير يُستقذَر في العادة. [٢٣٦ظ]

وأما إذا تحركت السن قال أبو حنيفة: لا بأس أن يشدها بالفضة وأكره الذهب. وكان قول أبي يوسف مثله، ثم رجع فقال: لا بأس بالذهب؛ لأنه ليس بحلية. وذكر في الأشربة في الإملاء: لا بأس بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد. وجه قول أبي حنيفة: أن الذهب غير مستهلك ولا تابع، فيكره للرجل كالخاتم. وليس كذلك المسمار في الخاتم؛ لأنه تابع. وجه الرواية الأخرى: ما روي أن رجلا قطع أنفه فاتخذ أنفا من فضة، فأنتن عليه فأمره النبي عليه السلام أن يتخذ أنفا من الذهب.[١]

[فيما يكره من الدعاء]

[٨٧٥.] مسألة قال أبو حنيفة: لا ينبغي لأحد أن يدعوَ اللهَ تعالى إلا به، وأكره أن يقول: "وحقِ خلقك" أو "بمعاقد العز من عرشك". وقال أبو يوسف: لا أكره أن يقول: "بمعاقد العز من عرشك".[٢]

لأبي حنيفة: أن "معاقد العز" غيرُ الله ويكره أن يدعو الله تعالى بغيره، كما لو قال: "بحق أنبيائك"؛ لأنه إذا أضاف العز إلى العرش أوهم اختصاص الباري تعالى به، وهذا لا يجوز. لأبي يوسف: أن الله تعالى عزيز بذاته فكأنه قال: "واللهِ العزيز".

[حكم المعانقة والقبلة والمصافحة]

[٨٧٦.] مسألة قال أبو حنيفة: أكره المعانقة والقُبلة، ولا بأس بالمصاحفة. ورخص أبو يوسف في ذلك.

---

١ مصنف ابن أبي شيبة، ٦٢٥/١٢ (٢٥٧٧٣)؛ سنن الترمذي، ١٤٠/٣ (١٧٧٠).

٢ انظر: الجامع الصغير، ٤٨٢.

لأبي حنيفة: ما رواه حنظلة السدوسي عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه سئل فقيل: أينحني بعضنا لبعض إذا التقينا؟ قال: لا. قيل: فيعانق بعضنا بعضا؟ قال: لا. قيل: فيقبل بعضنا بعضا؟ قال: لا. قيل: فيصافح بعضنا بعضا؟ قال: تصافحوا.[١] وروى أنس بن مالك أن النبي عليه السلام قيل له: "إن المشركين إذا التقوا قَبّل بعضهم بعضا، وعانق بعضهم بعضا"، فقال: «قبلة المسلم أخاه المصافحة».[٢]

لأبي يوسف: ما روي أن كعب بن مالك قبّل يد رسول الله صلى الله عليه. وروي أن أعرابيا استأذن رسول الله صلى الله عليه أن يقبل يده ورأسه ففعل، وروي أن النبي عليه السلام عانق عليًا.

## [السلام على أهل النرد والشطرنج]

[٨٧٧.] مسألة قال أبو حنيفة: أُسلِّم على أهل النرد والشطرنج. وقال أبو يوسف: [٢٣٧و] لا أسلم عليهم، ولا أهل الحمام إذا كانوا عراة، فإن كان فيهم متزر واحد سلمت عليهم.

لأبي حنيفة: أن أهل النرد لا يحكم بفسقهم، وإنما يكره لهم ذلك، فلا يمنع من السلام عليهم. ولأنه لا يخلو أن يقول حال تشاغلهم وفي السلام عليهم قطع لهم عنه، أو في غير هذه الحالة فهو أبعد؛ لأن ارتكاب المكروه لا يخلو منه أحد. لأبي يوسف: أن السلام عليهم تقرير لهم على فعلهم فلا يجوز.

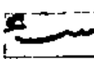
## [سفر المرأة]

[٨٧٨.] مسألة قال أبو حنيفة: لا تسافر المرأة بغير ولي ثلاثة أيام، فإن سافرن أقل كرهته. وقال أبو يوسف: لا تسافر إذا كانت تبيت[٣] عن[٤] بيتها.[٥]

---

١ سنن ابن ماجة، ٤٤٨/٣ (٣٧٠٢).

٢ المنتقى للخرائطي، ١٨٩ (٤٤٦).

٣ وصورته في المخطوط: 

٤ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: في.

٥ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٥٧/٢، ٥٨؛ شرح مختصر الطحاوي، ٥٦١/٨.

أما ثلاثة أيام فقد روي فيها أخبار مشهورة أن النبي عليه السلام قال: «لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا مع محرم أو زوج»[1] وقد روي أنه قال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر يومًا وليلة إلا مع ذي محرم»،[2] ولأنه لا يؤمن أن يطلع عليها الرجال فصار كالثلاثة.

لأبي يوسف: أنها إذا لم تبت عن بيتها، فذلك كالانتقال من محلة إلى محلة فلا يكره، فإذا باتت احتاجت إلى الخلوة بالرجال فيكره.

[إفراد حلق القفا، وإمساك خرقة العرق]

[٨٧٩.] مسألة قال أبو يوسف: أكثر حفظي عن أبي حنيفة كراهة[3] حلق القفا إلا للحجامة. وكره أن يمسك خرقة العرق. وقال أبو يوسف: لا بأس به.

أما إفراد حلق القفا بغير حاجة فهو مُثلة، وقد نهي عن المثلة. وأما إمساك الخرقة فهو يشبه فعل المجوس، ولأنه مستقذر في العادة كالنخامة. وأما أبو يوسف فقال: إن حلق القفا يفعله من له شعر كما يحلق مقدم رأسه. وخرق العرق يحتاج لإزالة العرق، وذلك أولى من إزالته بكمه.

[رد العطاس والسلام]

[٨٨٠.] مسألة قال ابن كاس[4] عن الحسن عن أبي حنيفة: إذا رد العطاس واحد من الحاضرين سقط عن الباقين، وكذلك إذا رد السلام. وروى أبي يوسف

١ سنن ابن حبان، ٤٣٣/٦ (٢٧١٨).

٢ صحيح ابن خزيمة، ٢٤١/٣ (٢٥٨٢).

٣ وفي المخطوط: كراه، ولعل الصواب ما أثبت.

٤ علي بن محمد بن الحسن بن كاس النخعي الكاسي القاضي الكوفي (ت. ٣١٤هـ)، وهو أستاذ الصيمري؛ وله: الأركان الخمسة. انظر: الجواهر المضية، ٣٧١/١.

عن أبي حنيفة: أنه لا يسقط إلا برد جماعتهم، وهو قول أبي يوسف.

وجه الرواية الأولى: أن رد السلام واجب على الكفاية؛ لأنه يفعل على طريق الإكرام، كالصلاة على الميت. ولأن جواب الواحد من الجماعة يقوم مقام جواب جماعتهم؛ بدلالة سائر الخطاب. لأبي يوسف: أن كل واحد مسلِّم عليه، فوجب رده في نفسه، كما لو أفرد. ولأنه لو كان على الكفاية لسقط عنهم برد غيرهم.

## [الصلاة على غير الأنبياء]

[٨٨١.] مسألة قال أبو حنيفة: لا يُصلَّى على غير الأنبياء. وقال أبو يوسف: يجوز ذلك.

لأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿لَّا تَجۡعَلُواْ دُعَآءَ ٱلرَّسُولِ بَيۡنَكُمۡ كَدُعَآءِ بَعۡضِكُم بَعۡضٗاۚ﴾ [النور، ٦٣/٢٤]. ولأن النبي عليه السلام معظَّم من الخلق فوجب أن يتميز بالذكر، كما يتميز الله تعالى [٢٢٧ظ] من سائر الأنبياء. لأبي يوسف: ما روي أن النبي عليه السلام قال: «اللهم صلِّ على آل أبي أوفى»[1] ويقال: اللهم صل على محمد وعلى آل محمد.

## [إجابة دعوة فيها ملاهي]

[٨٨٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أُدعَى إلى دعوة فيها ملاهي آكل، ولم أقعد معهم. وقال محمد: إذا كان الرجل ممن يقتدى به لم يجز أن يحضر.

لأبي حنيفة: أن إجابة الدعوة مندوب إليه، وحضور الملاهي معصية، ولا يجوز الإنسان ترك السنة لمعصية غيره. لمحمد: أنه إذا حضرت الملاهي موضع الأكل ففي حضور من يقتدى به تسهيل لفعل ذلك، وتخفيف له عند الجهال فلا يجوز.

* * *

١ صحيح البخاري، ١٢٩/٢ (١٤٩٧)؛ صحيح مسلم، ٧٥٦/٢ (١٠٧٨).

# كتاب الإكراه

## [القصاص في الإكراه]

[٨٨٣.] مسألة قال أصحابنا: لا يُقتَصُّ من المكرَه. وقال زفر: يقتص منه.[١]

وجه قولهم: أن الإكراه سبب يمنع صحة البيع، وكان مانعا من وجوب القصاص كالجنون. ولا يلزم الرق؛ لأنه لا يمنع البيع إذا حصل الإذن. لزفر: أن الإكراه لا يبيح القتل، فصار وجوده وعدمه سواء.

وأما المكرِه فعليه القصاص عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا قصاص عليه. لهما: أنه حمله على قتل غيره، وغلب على رأيه، فصار بمنزلة ما لو أخذه بيده وفيها سيف فضربه بها. ولأن المقصود أن يقتل المكره، فلولا أنه كالمباشرة للقتل لم يجز قتله. لأبي يوسف: أن المكرِه لم يباشر القتل، وإنما فعل شيئا يؤدي إليه، فصار كحافر البئر، وواضع الحجر، والشهود بالقصاص.

## [أكره على الإقرار، فأقر للمكرِه ولأجنبي]

[٨٨٤.] مسألة إذا أكره على أن يقر لرجل بألف فأقر له ولآخر بألف كان باطلا في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف. سواء أنكر الآخر الشركة، أو أقر بها. وقال محمد: إن أنكر الشركة كان له نصف المال، ويبطل النصف الآخر.

١ انظر: الأصل، ٣٠٢/٧؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤٥١/٨، ٤٥٢.

وهذا فرع على اختلافهم فيمن أقر لوارثه ولأجنبي بألف، وقد مضت.[١]

[أكره على العتق نصيبه]

[٨٨٥.] مسألة وإذا أكره أحد الشريكين في العبد على عتق نصيبه: ضمن له المكره، سواء موسرا كان أو معسرا؛ لأنه ضمان إتلاف. وأما النصيب الآخر [٢٣٨و] فإن كان المكره موسرا ضمنه للشريك إن اختار الشريك، وله أن يعتق أو يستسعى على أصل أبي حنيفة: أن فعل المكرَه ينتقل إلى المكرِه، فكأنه هو المعتق. فأما على قولهما: فإن العبد قد عتق كله بعتق البعض، فإن كان المكره موسرا ضمن، وإن كان معسرا ضمن حصة المكرِه دون الباقي، وهذا على أصلهما أن الحرية لا تتبعض.

[حق الأولياء في التفريق فيمن أكرهت على التزويج]

[٨٨٦.] مسألة وإذا أكرهت المرأة على أن تُزوِّج نفسَها من رجل بأقل من مهر مثلها، فزوَّجت، ثم دخل بها غير مكرهة: فقد جاز العقد، وللأولياء أن يفرقوا بينهما إلا أن يتم المهر في قياس قول أبي حنيفة. وعلى قولهما: قد سقط حقها بالتمكين، ولا حق للأولياء في نقصان المهر، فلم يكن لهم مطالبة.[٢]

[الإكراه على التطليق بمال]

[٨٨٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أكرهت حتى تقبل من زوجها تطليقة بألف ففعلت، فالطلاق واقع بغير مال، وهو رجعي، فإن رضيت بعد ذلك جاز ولزمها المال. وقال محمد: لا يؤثر رضاها ولا يلزمها.[٣]

---

١ انظر المسألة رقم: ٥١٥. | انظر: الأصل، ٣٠٩/٧.

٢ انظر: الأصل، ٣١٥/٧.

٣ انظر: الأصل، ٣٤٠/٧.

لأبي حنيفة: أن الطلاق وقع؛ لأنه يستوي هزله وجده، وقد وجد شرطه، وهو القبول، فبطلان البدل من طريق الحكم لا يمنع منه، كمن طلق على خمر. وإنما سقط المال لأنه لا يلزم بالإكراه مثل الإقرار. فإذا أجازت فمن أصله: أن الطلاق الرجعي يملك الزوج أن يجعله بائنا، فإذا وقف ابتداء جاز أن تلحقه الإجازة.

وأما على قول محمد: فالرجعي لا يصير بائنا بفعل الزوج، وكذلك لا يصير بإجازتها. وأما أبو يوسف: فالأظهر أن قوله مثل قول أبي حنيفة؛ لأن من أصله أن الطلاق الرجعي يجوز أن يصير بائنا قبل انقضاء العدة. وقد قيل: إنه يجوز أن يكون مع محمد؛ لأن من أصلهما: أن العقد الواقع على وجه الإكراه بمنزلة المشروط فيه الخيار، والخيار لا يجوز شرطه في الخلع عندهما، فلم يقف المال، فلا يلحقه الإجازة.

## [التلجئة التي لا تشبه الإكراه]

[٨٨٨.] مسألة قال في الأصل: إذا توافقا على عقد تلجئة بحضرة شهود، ثم عقدا من غير شرط: فالبيع باطل. وهذا [٢٣٨ظ] قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قول أبي حنيفة: فالبيع جائز في إحدى الروايتين. ولو اتفقا على بيع بمئة دينار، وأنهما يظهران ألفا، فتبايعا بألف فالبيع بألف، وما ذكرا في السر باطل.[١]

وهذا ظاهر على قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين: أن التواطؤ لا تأثير له في العقد. ولم يذكر في الأصل قولهما. وقياسه يقتضي: أن يكون الثمن ثمن السر.

وإن كان قولهما كقول أبي حنيفة: فالفرق بين المسألتين أنهما قصدا في هذه

١ انظر: الأصل، ٧/٣٧٩، ٣٨٠.

المسألة إلى إيقاع عقد صحيح من غير تواطؤ، وإنما تواطيا على ثمن لم يذكراه حال العقد، فلم يثبت حكمه، والثمن المسمى مذكور في العقد، والبيع يفتقر إليه، فوجب إثباته ليصح العقد الذي قصداه. وفي المسألة الأولى قصدا إلى إيقاع عقد ليس بصحيح؛ لأنهما تواطيا على إيقاع عقد على وجه الهزل، فلم يجز إثباته.

قال في الأصل: ولو اتفقا أن الثمن ألف، وأنهما يسميان بأكثر، فعقدا بألفين: فهو على ما سميا في السر. وهذا ظاهر على قولهما. والفرق بينه وبين الجنسين: أن ما سمياه في السر سمياه في العلانية، وصحة العقد لا تفتقر إلى أكثر منه، فسقط ما اتفقا عليه أنه سموه. وفي تلك المسألة لم يسموا الدنانير في العقد، فلم يكن بدٌّ من إثبات البدل المسمى. ويجوز أن يقال: على قياس قول أبي حنيفة أن الثمن ما سمي في العلانية، ويسقط ما تواطيا عليه.

[المكرَه يزيد على ما أمر به وينقص]

[٨٨٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أكره على أن يعتق نصف عبده فأعتقه كله: كان حرًا، ولا شيء على المكرِه. وقالا: يضمن المكرِه قيمة العبد.[١]

أما أبو حنيفة فمن أصله: أن الحرية تتبعض، فلم يكن إكراهه على عتق البعض إكراها على عتق الجميع، فإذا أعتق الجميع فقد عدل عما أكرهه عليه إلى شيء آخر، فلم يكن مكرها. ولأن من أصله: أن المعتَق بعضه في حكم المكاتب، فإذا أمره أن يجعله في حكم المكاتبين فأعتقه فقد فعل غير ما أمره به. وأما على [٢٢٩و] أصلهما: فالحرية لا تتبعض، فالإكراه على عتق البعض إكراه على عتق الجميع، فقد فعل ما أكرهه عليه فيضمن له.

١ انظر: الأصل، ٣٩٥/٧، ٣٩٦.

وأما إذا أكرهه على أن يعتق جميعه فأعتق نصفه عتق، وضمن المكرِه نصف قيمته عند أبي حنيفة؛ لأنه لما أعتق النصف فقد فعل بعض ما أكرهه عليه، فصار كما لو أكرهه على أن يقر بألف فأقر بخمسمائة. وأما على قولهما: فقد عتق جميع العبد على أصلهما: أن العتق لا يتبعض، ولزم المكرِه الضمان.

* * *

# كتاب المزارعة

## [المزارعة بالثلث والربع]

[٨٩٠.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: المزارعة والمساقاة بالثلث والربع فاسدة. وقال أبو يوسف ومحمد: جائزة.[١]

لأبي حنيفة: ما روي عن ابن عمر أنه قال: «كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا، حتى زعم رافع بن خديج أن النبي عليه السلام نهى عن ذلك فتركناها».[٢] ولأنه استئجار بجزء من النماء الحادث، فصار كمن أعطى غنمه إلى الراعي بجزء من ألبانها وأولادها. ولأنه شرط له جزء من ثمره يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون فصار كمن استأجر بها.

وجه قولهما: ما روي في قصة خيبر أن النبي عليه السلام ساقاهم بنصف ما يخرج من ثمر وزرع.[٣] ولأنه فعل الناس في سائر الأعصار من غير نكير.

## [اشتراط التبن في المزارعة]

[٨٩١.] مسألة وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف: أن المزارعة لا تجوز حتى يكون التبن مشروطا بينهما كالحب. وقال محمد في المزارعة: التبن لصاحب البذر.[٤] قال الطحاوي: ثم رجع محمد إلى قول أبي يوسف.[٥]

---

١ انظر: الأصل، ٥٢٨/٩.

٢ مصنف ابن أبي شيبة، ١٣١/١١ (٢١٦٦٥)؛ مسند أحمد، ٥٠٧/٣ (٢٠٨٨).

٣ صحيح البخاري، ٩٤/٣ (٢٢٨٥).

٤ انظر: الأصل، ٥٧٩/٩، ٥٨٠؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٥/٤، ٢٦.

٥ انظر: مختصر الطحاوي، ١٣٤.

ووجهه: أن التبن نماء حادث من الأرض، فلم يجز قطع الشركة عنه، كالحب. لمحمد: أن الحب كالثمرة، والتبن كسعف النخلة، فإذا جازت المساقاة في الثمرة دون السعف كذلك هذا.

## [اشتراط توقيت في المزارعة]

[٨٩٢.] مسألة قال أبو حنيفة: على قياس قول من يجيز المزارعة إذا قال: "إن زرعتها في جمادى فالزرع بيننا نصفان، وإن زرعتها في رجب فهو أثلاث": فالشرط الأول جائز والثاني باطل. وقالا: الشرطان [٢٢٩ظ] جائزان. وقد مضت هذه المسألة في الإجارة.[١].

## [المزارعة التي يشترط صاحبها شيئًا للزارع]

[٨٩٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قال صاحب الأرض للمزارع: "لست أدري ما يأخذه السلطان العشر أو نصف العشر، ولكن أعاملك على أن لي النصف من الخارج بعد ما يأخذ السلطان حقه" فهذا فاسد لو كان من [أصله][٢] جواز المزارعة. وقالا: جائز.[٣]

أما أبو حنيفة: فالعشر عنده لازم لرب الأرض، فقد شرط لنفسه ما يأخذه السلطان، وذلك مجهول مفسد. وعندهما: العشر واجب في الخارج، فما يأخذه السلطان من حقهما فذكره لا يوجب فسادا.

## [الاستحقاق في المزارعة]

[٨٩٤.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا استحقت الأرض بعد المزارعة، ونقصتها الزراعة: كان لرب الأرض أن يضمن المزارع دون الدافع، ويرجع الزارع

---

١ وهي في المفقود من الكتاب. | انظر: الأصل، ٧/١٠.

٢ في المخطوط: أصل، ولعل الصواب ما أثبت.

٣ انظر: الأصل، ٥٤٩/٩.

على الدافع. وقال محمد: له أن يضمن أيهما شاء. وهذا فرع على اختلافهم في ضمان العقار بالغصب، وقد مضى.[١]

قال في الأصل: إذا ادعى رب الأرض أنه شرط النصف وزيادة عشرة أقفزة لنفسه، وقال المزارع: النصف: فالقول قول رب الأرض في قول أبي يوسف ومحمد. وأما على قياس قول أبي حنيفة في دعوى الأجل في السلم لو كان ممن يجيز المزارعة: القول قول من يدعي صحة العقد. وهذا فرع على مسألة السلم، وقد ذكرناها.[٢]

وقالا: إذا اختلفا بعد العمل فالقول قول من يدعي الصحة؛ لأن فسخ العقد لا يمكن، فلو جلعنا القول قول من يدعي الفساد لم يكن بدٌّ من إيجاب أجر المثل. وأما قبل العمل فالعقد يفسخ؛ فلذلك كان القول قول من ادعى الفساد.

## [العشر في المزارعة]

[٨٩٥.] مسألة وإذا دفع أرض عشرٍ مزارعة فلما حصل الطعام سرق أو غرق: سقط عن رب الأرض نصف العشر، ولزمه النصف في قول أبي حنيفة. وقالا: يبطل كله.[٣]

وهذا على أصله: أن رب الأرض إذا آجر فالعشر عليه، فلما زارع صار نصف العشر في ذمته، ونصفه في الخارج، فإذا هلك [٢٤٠و] الخارج سقط ما فيه، وبقي ما في الذمة. وعلى قولهما: العشر كله في الخارج، فسقط بهلاكه.

قال: ولو اغتصب أرض عشر أو خراج فنقصتها الزراعة، وغرم الزارع النقصان قال أبو يوسف: قياس قول أبي حنيفة: أن العشر على رب الأرض سواء كان مثل

---

١ انظر: المسألة رقم: ١٢٨. | انظر: الأصل، ٥٧١/٩، ٥٧٢.

٢ وهو في المفقود من الكتاب.

٣ انظر: الأصل، ٥٢/١٠، ٥٥.

النقصان أو أكثر. وقال محمد: قياس قول أبي حنيفة: أن ينظر فإن كان العشر أو الخراج مثل النقصان أو أقل فهو على رب الأرض، ولو كان العشر أو الخراج أكثر من نقصان الأرض فمقدار النقصان من العشر أو الخراج على رب الأرض، والفضل على الغاصب.

لأبي يوسف: أن نقصان الأرض كالأجرة، ولو آجر كان العشر والخراج على رب الأرض في قول أبي حنيفة، سواء كان العشر أكثر من النقصان أو أقل، فكذلك هذا.

لمحمد: أن الذي اعتبره أبو حنيفة في المؤجر أنه رضي بتحمل ذلك حين أخذ العوض، وفي المغصوب لم يرض به فلم يجز أن يلزمه أكثر مما حصل له.

وقد ذكر في الأصل من غير خلاف: أن الغاصب إذا زرع ولم ينقصها الزراعة: فالعشر والخراج عليه.[1] وروى هشام عن أبي يوسف: أن الخراج على رب الأرض.

وجه ما في الأصل: أن الخراج وإن وجب على المالك فإنه بشرط التمكن من الانتفاع، ولهذا يسقط متى غلب عليها الماء. وهذا لا يوجد فيما في يد الغاصب. لأبي يوسف: أنه قد كان يمكنه منازعة الغاصب وإزالة يده، فإذا لم يفعل صار مفرِّطا في إسقاط حقه.

## [المعاملة في النخل بين الرجلين]

[٨٩٦.] مسألة وإذا كان النخل بين شريكين فدفعاه إلى اثنين معاملة على أن لأحد المتعاقدين جزء من الخارج، وللآخر على أحدهما بعينه مئة: فالمعاملة فاسدة، فإن عمل على هذا فله أجر مثله لا يجاوز به الخارج. وقال محمد: بالغا ما بلغ. وهذا فرع على مسألة الشركة في الاحتطاب وقد ذكرناها.[2]

---

١ انظر: الأصل، ٦٠/١٠.

٢ وهي في المفقود من الكتاب. | انظر: الأصل، ٧٦/١٠.

ولو اشترطوا مئة درهم على رب الأرض لأحدهما بعينه على أن يكون الخارج بينهما أثلاثا: فالمعاملة فاسدة على قياس قول [٢٤٠ظ] أبي حنيفة لو كان يجيز المزارعة؛ لأن رب الأرض قد اشترى بعض الخارج بالمئة، وهو معدوم، فصار كالصفقة إذا تضمنت الصحيح والفاسد، والفساد في نفس المعقود عليه فيفسد العقد في الجميع. وأما على قولهما: فإن الصفقة إذا تضمنت الصحيح والفاسد صحت في الصحيح وبطلت في الفاسد.

## [مزارعة المسلم مع الحربي]

[٨٩٧.] وذكر بعد هذا مزارعة المسلم مع الحربي في دار الحرب أنها تجوز على جميع الوجوه. وقال أبو يوسف: لا تجوز. وهذا فرع على اختلافهم في الربا في دار الحرب وقد بيناه.[1]

## [مزارعة المريض ومعاملته]

[٨٩٨.] وذكر في المريض إذا استأجر رجلا بخدمة سنة بعينه بجارية، وأجرة مثله قيمتها، فلم يخدمه حتى زادت قيمتها على أجر المثل، ثم خدمه السنة وأخذ الجارية، فولدت عنده أولادا، ومات المريض ولا مال له غير الجارية وأولادها: فللأجير من الجارية وأولادها مقدار أجر المثل، والثلث فيما بقي وصية من الجارية. فإن بقي شيء كان في أولادها في قياس قول أبي حنيفة. وقالا: يكون منهما.[2]

والأصل في هذا: أن الأجير لم يملك الجارية بنفس العقد؛ لأنه لم يسلمها إليه، ولم يشرط التعجيل، فصارت الزيادة حادثة على ملك المريض، فالواجب اعتبار قيمتها يوم القبض، فلا يملك منها إلا مقدار أجر المثل والباقي وصية. ومن أصل أبي حنيفة:

---

١ وهي في المفقود من الكتاب. | انظر: الأصل، ١٠/٩٥.

٢ انظر: الأصل، ١٠/١١٤.

أن من حكم الوصية أن تنفذ أولا من رقبة الجارية، فإن بقي شيء كان من الولد. وقالا: الوصية تنفذ منهما، فكذلك في مسألتنا.

## [الوكالة في المزارعة]

[٨٩٩.] وذكر بعد هذا إذا وكله أن يأخذ أرضا وبذرا مزارعة فأخذ: جاز على الموكل بما يتغابن وما لا يتغابن؛ لأن من أصله: أنه كالوكيل بالبيع. وعلى قولهما: لا يجوز إلا بما يتغابن.[١]

## [الزيادة في أجر المزارعة]

[٩٠٠.] وذكر إذا أراد أحد المتعاملين [زيادة] الأجر قبل انقضاء المزارعة: جاز في قولهم. وأما بعد انقضائها فإن كانت الزيادة من جهة صاحب البذر لم يجز عند محمد، وجاز عند أبي يوسف. وإن كان من جهة الذي ليس له بذر جازت بلا خلاف. [٢٤١و] وهذا فرع على اختلافهم [في] جواز الزيادة بعد هلاك السلعة. فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يجوز، وعند محمد لا يجوز. واستثناء المنفعة كهلاك المعقود عليه.[٢]

## [التزويج على المزارعة]

[٩٠١.] مسألة قال أبو يوسف: إذا تزوج امرأة على أن تزرع أرضه سنة ببذرها، فما أخرج الله تعالى فهو بينهما: فالنكاح جائز والمزارعة فاسدة. فإن اختصما قبل المزارعة كان صداقها مثل نصف أجر الأرض. وقال محمد: لها الأقل من مهر مثلها ومن جميع أجر مثل الأرض. وإن طلقها قبل الدخول فلها في قول أبي يوسف: ربع أجر الأرض. وفي قول محمد: المتعة.[٣]

---

١ انظر: الأصل، ١٢٦/١٠.

٢ انظر: الأصل، ١٣٨/١٠.

٣ انظر: الأصل، ١٤١/١٠.

لأبي يوسف على طريقة أبي خازم: أن الزوج شَرَط أن تزرع المرأة نصف أرضه على أن الخارج لها مهرًا، وتزرع النصف الآخر على أن الخارج له فيكون هبة منها له، فصار كأرضين شرط منهما ذلك. وإذا كانت منافع النصف مشروطة بإزاء البضع ثم تعذر استيفاؤها بفساد المزارعة وجب الرجوع إلى قيمتها. لمحمد: أن الخارج يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، فصار في التسمية خطر وجهالة، فلم تصح.

وإنما فسدت المزارعة في قولهم؛ لأن النكاح مشروط فيهما، وهي مما يفسد بالشروط، فإن زرعت على هذا فالخارج لها؛ لأن المزارعة فسدت فالخارج لصاحب البذر، وعليها أجر مثل الأرض، وله عليها المهر مثل نصف أجر الأرض، فيصير أحد النصفين قصاصًا بالآخر فيبقى له عليها نصف الأجر. وأما على قول محمد: فلها على الزوج الأقل من مهر المثل ومن أجر الأرض، وللزوج عليها مثل أجر الأرض.

وعلى هذا قال أبو يوسف: إذا تزوجها على أن يزرع أرضها ببذرها والخارج بينهما فلها نصف أجر الرجل مهرًا والمزارعة فاسدة. وقال محمد: لها الأقل من مهر مثلها، ومن أجر مثل الرجل بالنكاح، والمزارعة فاسدة.

## [الصلح من دم العمد مع المزارعة]

[٩٠٢.] مسألة قال أبو يوسف: إذا قتل [٢٤١ظ] الرجل عمدا فصالح القاتل ولي العمد على أن يدفع القاتل أرضه هذه السنة مزارعة على أن يزرعها الولي ببذره وعمله على أن يكون الخارج بينهما، على أن عفى ولي الدم عن القاتل: فالمزارعة فاسدة، وقد صح العفو، ولولي الدم على القاتل نصف أجر الأرض. وقال محمد: لولي القتيل الأقل من أجر مثل الأرض، ومن الدية. وهذه فرع على المسألة الأولى، فأجعل الدم هاهنا كالبضع هناك، والدية هاهنا كالمهر.[١]

١ انظر: الأصل، ١٠/١٤٣.

## [اشتراط البقر في المزارعة]

[٩٠٣.] مسألة إذا كان البذر من قبل العامل، وشرط البقر على رب الأرض: فالمزارعة فاسدة. قال في الأصل: هذا قياس قول أبي يوسف وهو قول محمد. وقال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف: إن المزارعة جائزة.[1]

وجه رواية الأصل: أن الأرض مستأجرة ببعض الخارج، فإذا شرط معها البقر صارت مستأجرة، واستئجار الآلة يفسد المزارعة. لأبي يوسف: أن العمل مشروط على الزارع، وصاحب الأرض مُعِين له في تسليم البقر، فلم يكن بنا حاجة إلى أن نجعلها مستأجرة؛ لإمكان كون الأجرة في مقابلة الأرض ليصح العقد.

## [مزارعة المرتد]

[٩٠٤.] مسألة قال أبو حنيفة: قياس قولي لو جوَّزت المزارعة في مرتد أعطى أرضا إلى رجل على أن يزرعها سنة ببذره وبقره، فما أخرج الله تعالى من ذلك فهو بينهما، فزرعها، فأخرجت زرعا كثيرا، ثم قتل المرتد على ردته: فإن كانت الأرض نقصت استوفى المزارع بذره ونفقته وما غرم، ويتصدق بالفضل. وإن كانت لم تنقص فهو مثله في القياس. وفي الاستحسان: أن الخارج بين ورثة المرتد والمزارع. وقال أبو يوسف ومحمد: ما صنع المرتد من ذلك جائز، والخارج على الشرط.[2]

لأبي حنيفة: أن الأرض إذا نقصت فذلك النقصان مضمون؛ لأن المرتد سلم ملك غيره، فإذا ضمن الزارع النقصان صار كالغاصب لأرض غيره. وأما إذا لم تنقص فهو مثله في [٢٤٢و] القياس؛ لأنه زرع أرض الورثة بغير أمرهم. والاستحسان: أن

---

١ انظر: الأصل، ١٠/١٦، ١٧.

٢ انظر: الأصل، ١٠/٨٧-٨٩.

يجعل هذا تصرف الورثة، وليس تصرفا عليهم، فصار كما لو وهب له. ولا يجوز أن يجعل فيئًا؛ لأنه بدل عن منفعتهم، فصار كنفس المنفعة.

وأما على أصلهما: فتصرف المرتد جائز، فيكون الخارج على الشرط.

ولو كان المرتد أخذ أرضا مزارعة على أن يزرعها ببذره وبقره فما أخرج الله تعالى من شيء فهو بينهما، فجميع ما أخرجت الأرض لورثة المرتد، ولا شيء لرب الأرض، نقصت الأرض أو لم تنقص في قول أبي حنيفة؛ لأن المرتد زرع ببذر وارثه، فلا يجوز اشتراطه لرب الأرض من بذر غيره. ولا يجوز أن يجعل الخارج فيئا؛ لأنه نماء حصل من بذر تعلق به حق الوارث. ولا يجوز أن يجعل كمن غصب بذرا فزرعه؛ لأن تصرف المرتد يقع على وجه المراعاة، لجواز أن يُسلِم، فلم يجز أن يجعل كالغاصب. وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: الخارج على ما شرطا على أصلهما في جواز تصرف المرتد.

* * *

# كتاب العتق في المرض

## [المريض يهب لامرأته في مرضه فتموت قبله]

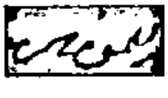
[٩٠٥.] مسألة قال رحمه الله: قياس قول أبي حنيفة في مريض وهب لامرأته مئة درهم، وسلَّمها إليها، وأوصى لرجل بثلث ماله، ثم ماتت المرأة قبله، ومات الزوج: فإن المئة تقسم على أحد عشر سهمًا: للمرأة سهمان، وللموصى له سهمان، وللورثة سبعة، ويرجع إلى ورثة الزوج بميراث المرأة سهم. وقالا: يقسم على أحد وعشرين: للمرأة ستة، وللموصى له سهمان، وللورثة ثلاثة عشر، ويرجع إليهم بالميراث ثلاثة.[1]

وهذه فرع على اختلافهم أن الموصى له بما زاد على الثُّلث لا يضرب إلا بالثُّلث. وعندهما: يضرب بجميع وصيته. وإذا كان كذلك ضرب أبو حنيفة: للمرأة بمثل ما ضرب الموصى له.

ووجه المسألة أن يقول: جاز للمرأة من المئة شيء، وبطلت [٢٤٢ظ] الهبة في مئة إلا شيئا، فرجعت إلى الورثة للموصى له[2] منها بالثلث شيء، ورجع إلى الورثة نصف ما صار للمرأة بالهبة بميراث الزوج، وذلك نصف شيء، فاجتمع للورثة مئة درهم إلا شيئا ونصفا، يعدل ذلك أربعة أشياء مثلي الوصيتين. فإذا جبرت المرأة بشيء ونصف،

---

١ انظر: الأصل، ٥/٢٧٠-٢٧٣.

٢ وصورته في المخطوط: 

وزدت مثله على [أربعا][1] إلا شيئا، صار معهم مئة درهم، يعدل خمسة أشياء ونصف، فابسطها أيضا فالمكان الكسر، فيصير الشيء سهمين من أحد عشر، فاقسم المئة على أحد عشر: للموصى له سهمان، وللمرأة مثله، وللورثة سبعة، ويرث الزوج من المرأة سهم، فصار لهم ثمانية، وهو مثل ما جوزنا فيه الوصية.

وأما على قولهما: فقد جاز للمرأة بالهبة شيء، وللموصى له بالثلث ثلث شيء؛ لأنهما يضربان للمرأة بجميع الوصية، ثم يرجع إلى الورثة نصف شيء بالميراث، فاجتمع لهم مئة إلا خمسة أسداس شيء، يعدل ستين وثلثي شيء مثلي ما جوزنا فيه الوصية، فإذا جبرت المئة بخمسة أسداس شيء وزدت على ما يقابلها صار مع الورثة مئة، يعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فابسطها أنصافا فالمكان الكسر، فيصير سبعة أسهم الشيء: منها سهمان، ثم تحتاج أن تضرب للموصى له بالثلث بثلث شيء، فاضربها في ثلاثة؛ لأجل ذلك، فتصير السهام أحد وعشرين: الشيء منها ستة، فتضرب للمرأة بستة وللموصى له بسهمين، وهو ثلث شيء، يبقى للورثة ثلاثة عشر سهما، ويرجع إليهم بالميراث نصف وصية المرأة، وذلك ثلاثة أسهم، فيصير لهم ستة عشر مثلا الوصيتين.

## [السلم في المرض]

[٩٠٦.] مسألة قال في الأصل: إذا أسلم عشرين درهما في كر يساوي خمسين، ثم تقايلا في مرض رب السلم، فمات، ولا مال له غير ذلك: فالإقالة جائزة في خمسة أسباع الكر؛ وذلك لأن الإقالة جازت في شيء من الكر، ورجع إلى الورثة كر إلا شيئا، ورجع بحصة رأس المال خمسا شيء، فحصل مع الورثة كر إلا ثلاثة أخماس شيء، يعدل مثلي ما جوزنا فيه الوصية، وذلك شيء، وخمس شيء فإذا جبرت [٢٤٣و]

---

[1] وفي المخطوط: الأربعًا، ولعل الصواب ما أثبت.

الكسر بثلاثة أخماس شيء، وزدته على الشيء، والخمس صار ستا، وأربعة أخماس شيء يعدل الكر، فابسطها أخماسا لمكان الكسر فتصير تسعة، الشيء من ذلك خمسة أتساعه، وهو الجائز بالإقالة، ويؤدي المسلم إليه أربعة أتساع كرٍ قيمته اثنان وعشرون وتسعا درهم، ويرد خمسة أتساع المال الذي انتقض فيه السلم، وهو أحد عشر درهما وتسع درهم، فيصير في يد الورثة ثلاثة وثلاثون وثلث، وهو ثلثا ما ترك الميت. وفي المسلم إليه خمسة أتساع كر قيمته سبعة وعشرون درهما وسبعة أتساع درهم، منها أحد عشر درهما، تسع أعطي للورثة عوضها من رأس المال، فيبقى ستة عشر وثلثا درهم محاباة، وهو ثلث ما ترك الميت. وهذا قولهم إذا لم يكن قبض الكر؛ لأنه فسخ.[1]

وإن كان قبض الكر فهو كذلك في قول أبي حنيفة ومحمد. فأما على قول أبي يوسف: فهو مبيع، فيقال للمسلم إليه: "أنت بالخيار إن شئت فأدِّ إلى الورثة تمام ثلثي مال الميت من رأس المال، وإن شئت فانقض الإقالة" كما يقال ذلك في البيوع التي فيها محاباة. ولا يمكن من قال: "إن الإقالة فسخ" أن يقول ذلك؛ لأنها لا تجوز بأكثر من الثمن.

[٩٠٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أسلم عشرة دراهم في كر قيمته مئة، والمسلم إليه مريض، فقبض الدراهم واستهلكها، وأوصى بثلث ماله، ومات، ولا مال له إلا كر، ولم يُجِز الورثة: فالمحاباة أولى من الوصية، وجاز السلم في خمسي الكر، وانتقض في ثلاثة أخماسه.[2]

ووجه ذلك أن يقال: جاز لرب السلم من الكر شيء، ورجع الباقي إلى الورثة، وهو كر إلا شيئا فأسقط منها العشرة التي استهلكها؛ لأنها دين، فيبقى معهم تسعون

---

١ انظر: الأصل، ٥/٢٨٩.

٢ انظر: الأصل، ٥/٣٣٩.

درهما إلا شيئًا يعدل ذلك شيئين، فإذا جبرت وقابلت صار معهم تسعون درهما يعدل ثلاثة أشياء، الشيء منها ثلثها ثلاثون درهما، فقد علمت أن المحاباة جائزة [٢٤٣ظ] في ثلثين من الكر، وعشرة من الكر مسلم لهم بالعشرة إلى أخذ المريض عوضا، فيحصل لرب السلم خمسا الكر وقيمته أربعون، وللورثة ثلاثة أخماس الكر وذلك مثلا المحاباة.

وأما في قولهما: فصاحب الوصية يحاص صاحب المحاباة، فالثلث بينهما على أربعة؛ لأن صاحب الكر حوبي بتسعين، وقد بينا أن جملة المال تسعون، فيضرب صاحب الكر بثلاثة أسهم في الثلث، وصاحب الثلث بسهم، فالثلث مقسوم على أربعة، فإذا كان ثلث مال الميت ثلاثين قسمتها على أربعة، فأصاب صاحب الثلث ربعها سبعة ونصف، وأصاب صاحب المحاباة اثنان وعشرون ونصف، ويسلم له مقدار عشرة من الكر بالبدل، فصار له من الكر اثنان وثلاثون ونصف، ولصاحب الوصية سبعة ونصف، وللورثة ستون، وذلك مثلا الوصيتين.

* * *

# كتاب العين والدين

## [الوصية بالثلث من جميع المال، ومن مال بعينه]

### [أوصى بثلاثمئة درهم وعدل زطي]

[٩٠٨.] مسألة قال في الأصل: إذا ترك ثلاثمئة درهم وعِدل زُطِّي[١] قيمته ثلاثمئة، وأوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلث العدل وثلث الدراهم، ولا مال له غير ذلك: فالثلث بينهما في قولهم. فإن ضاع نصف الدراهم قبل موت الموصي أو بعده، اختلفت وصيتهما. فقياس قول أبي حنيفة: أن الثلث بينهما نصفان. وقالا: الثلث بينهما على سبعة: لصاحب ثلث المال ثلاثة أسهم، وللموصى له بثلث العدل وثلث الدراهم: أربعة.[٢]

وهذا فرع على أصلين: أحدهما متفق عليه: وهو أن الوصية إذا وقعت جملة يصح فيها القسمة فهلك بعضها: فالوصية باقية في ثلث الجملة إن كان يخرج من الثلث. والأصل الثاني: اختلافهم في الموصى له بما زاد على الثلث هل يضرب بجميع وصيته أم لا؟

فإذا ثبت الأصلان قال أبو حنيفة: لما هلك نصف الدراهم صار الموصى له بثلث الدراهم وثلث العدل موصى له بمائتين، على ما بينا: أن هلاك بعض الدراهم لا يبطل الوصية، وجملة المال [٢٤٤و] بعد الهلاك أربعمئة وخمسون، فلم يضرب له بما

---

١ أعراب من الهند ينسب إليها هذا النوع من الثياب. تهذيب اللغة، «زطط».

٢ انظر: الأصل، ٥/٥٥٦، ٥٥٧.

زاد على الثلث، فرده إلى الثلث، وضرب للموصى له بالثلث بمثل ذلك، وقسم الثلث بينهما، فما أصاب الموصى له بالثلث، أعني ثلث العدل وثلث الدراهم أخذ نصفه من الدراهم ونصفه من العدل، وما بقي اقتسمه الورثة، والموصى له بثلث المال على خمسة، خمس ذلك للموصى له، وأربعة أخماسه للورثة. ولأن الموصى له بالثلث كان له سهم وللآخر مثله وللورثة مثلا ذلك، فصار جملة المال ستة، خرج منها الموصى له بثلث العدل سهم لاختلاف استحقاقه من المالين، بقي حق الباقين على الشركة في خمسة أسهم.

وأما هما: فضربا للموصى له بثلث العدل، وثلث الدراهم بجميع وصيته، وهي مثتان، فجعلاها سهمين، وضربا للموصى له بثلث المال بثلث ما بقي، وذلك سهم ونصف، فأضعفها لمكان الكسر، فيصير وصية الأول أربعة، ووصية صاحب الثلث ثلاثة، فالثلث بينهما على سبعة، فما أصاب صاحب العدل وهو أربعة أسباع الثلث يأخذ نصفه من العدل ونصفه من الدراهم، ويبقى للورثة وللموصى له بالثلث سبعة عشر سهما، ثلاثة أسهم للموصى له، والباقي للورثة.

## [أوصى بعبد بألف، وبثلث ألفي درهم لآخر]

[٩٠٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ترك عبدا قيمته ألف، وترك ألفي درهم سوى ذلك، وأوصى لرجل بالعبد، وللآخر بثلث ماله، فلم يقتسموا المال حتى هلك أحد الألفين: فالثلث مقسوم بين صاحب العبد وبين الموصى له بالثلث على سبعة، أربعة للموصى له بالعبد، وثلاثة للموصى له بالثلث. وقالا: الثلث بينهما على خمسة: لصاحب العبد منها ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان.[١]

لأبي حنيفة: أن الموصى له بالعبد لا يجوز أن يضرب بجميع وصيته؛ لأنه موصى

---

١ انظر: الأصل، ٥/٥٦٠، ٥٦١.

له بخمسة أسداس العبد، وذلك أكثر من الثلث، فرده إلى الثلث، فيضرب له بثلثي العبد وثلث ما بقي، وهو ثلثا الألف، ويضرب للموصى بالثلث سدس العبد وثلث ما بقي، [٢٤٤ظ] وهو ثلث الألف، فاجتمع له نصف الألف، فاجعل كل ألف ستة أسهم: للموصى له بالعبد أربعة أسهم، وللموصى له بالثلث ثلاثة، وللورثة مثلا ذلك، فصارت التركة أحد وعشرين سهما: للموصى له بالعبد أربعة من العبد، ويضم ما بقي من العبد إلى الألف، فيقتسمها الورثة والموصى له بالثلث على سبعة عشر سهما: ثلاثة للموصى له، وما بقي للورثة.

وأما على قولهما: فالموصى له يضرب بجميع العبد، والموصى له بالثلث يضرب بثلث العبد وثلث الألف، فاجعل كل ألف ثلاثة: للموصى له بالعبد ثلاثة أسهم، ولصاحب الثلث سهمان، وللورثة مثلا ذلك، فصارت الجملة خمسة عشر سهما: لصاحب العبد من ذلك ثلاثة أسهم من العبد، ويضم ما بقي من العبد إلى الألف فيقتسمه الورثة والموصى له على اثني عشر سهما: للموصى له بالثلث سهمان وهو السدس، وما بقي للورثة.

## [الوصية إذا كانت أكثر من الثلث فأجازها الورثة]

### [أوصى بالثلث لرجل وبجميعه لآخر]

[٩١٠.] **مسألة** قال رحمه الله: إذا أوصى بثلث ماله لرجل، وبجميعه لآخر، فأجازت الورثةُ قال أبو يوسف: قياس قول أبي حنيفة أن ينظر إلى أكثرهم وصية فيدفع إليه ما يفضل به أصحاب الوصايا، ثم ينظر إليه وإلى من يليه، فيدفع إليهما ما يفضلان به من ثلثيهما حتى ينتهي الأمر إلى آخرهم وصية، فيكون ذلك بينهم. وهذا اختيار أبي خازم.

وكان محمد يقول: هذا صحيح إلا في شيء واحد، إذا انتهت الوصايا إلى الثلث

فلم يبق من المال سواه ضرب فيه أهل الوصايا بوصاياهم، فيضرب كل من كان أوصي له بشيء بجميع وصيته، أو بما له من وصيته إذا كانت الثلث فما دونه، وكل من كانت وصيته أكثر من الثلث أو كان باقي وصيته أكثر من الثلث رده إلى الثلث، فيقسم الثلث بينهم على ما ضربوا به. وهذان القولان ذكرهما أبو سليمان وغيره في رواية الأصول.

وذكر ابن سماعة عن محمد أن قياس قوله: أن يبدأ بالثلث فيقسم بين أهل [٢٤٥و] الوصايا، يضرب فيه كل من كان وصيته بالثلثين فما فوقه، ويضرب كل من كانت وصيته أقل من الثلث بوصيته، فيقتسمون الثلث بينهم على قدر ما ضربوا به فيه، ثم ينظر إلى ما بقي من وصية كل واحد منهم، فكل من فضل صاحبه بشيء أخذ ذلك القدر من الثلثين، حتى ينتهي الأمر إلى آخره.

وذكر ابن سماعة في نوادره قولا آخر عن محمد، وهو قول الحسن بن زياد على قياس قول أبي حنيفة: وهو أن يبدأ فيقسم بين أهل الوصايا كما ذكر محمد في قوله الآخر، ثم ينظر إلى ما يستحقه كل واحد من الموصى لهم لو كانت الإجازة من الورثة له دون غيره، فمن فضل صاحبه بشيء أخذ ذلك الفضل من الثلثين، يكون العمل فيه كذلك، حتى ينتهي الأمر إلى جزء من الثلثين تستوفي فيه [حصصهم][1] فيكون بينهم. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا أجازت الورثة الوصايا اقتسموا المال بينهم على ما كانوا يقتسمون الثلث لو لم يجيزوا.

فإذا عرفت هذه الأصول: فعلى قول أبي يوسف: لصاحب الجميع ثلثا المال بغير مزاحمة؛ لأن صاحب الثلث لا يدعيه، فيسلم له، ويبقى ثلث المال دعوى صاحب الجميع فيه كدعوى صاحب الثلث، فيقسم بينهما نصفان. ولا يظهر القياس الذي حكيناه عن محمد خلاف لهذا في هذا الفصل. وكذلك القياس الثاني؛ لأنه قسمه

---

١ في المخطوط: حججهم، ولعل الصواب ما أثبت.

في القياس الثاني الثلث أولا، فضرب فيه لكل واحد منهما بالثلث، وأفرد صاحب الجميع بالثلثين. فأما على قول الحسن: المال بينهما أرباعا، من قبل أنه يقسم الثلث بينهما نصفين، ثم يرجع إلى الثلثين، فيقول الموصى له بالثلث يدعي منهما سهما وهو سدس الذي بقي من وصيته، فيسلم نصف المال لصاحب الجميع، ويبقى هذا السدس يتساويان فيه فيقسم بينهما. وأما على [٢٤٥ظ] قولهما: فالمال مقسوم على أربعة؛ لأنهما ضربا للموصى له بالجميع بثلثه، وللموصى له بالثلث بسهم، وقسما المال بينهما كما كان يقسم الثلث عند عدم الإجازة.

وقد اعترض ما ذكره أبو يوسف من القياس فقيل: إنه يؤدي إلى أن يستحق الموصى له بالثلث عند وجود الإجازة ما كان يستحقه عند عدمها، ومعلوم أن الورثة أجازوا لهما ولم يخصوا بالإجازة أحدهما، فلم يجز أن يختص بالزيادة أحدهما. قالوا: ويدخل على أبي يوسف ما هو أقبح من هذا، وهو إذا أوصى لرجل بجميع ماله، وأوصى لآخر بسدس ماله، فلو لم يُجز الورثة كان الثلث بينهما أثلاثا في قول أبي حنيفة؛ لأنه يضرب لصاحب الجميع بالثلث ولصاحب السدس بالسدس، فيصير تسع المال.[١] فإن أجاز الورثة فعلى قول أبي يوسف: لصاحب الجميع خمسة أسداس المال، والسدس بينهما، فيصير للموصى بالسدس نصف سدس المال وهو أقل من التسع، فلا يجوز أن يكون حقه بالإجازة أقل من حقه عند الرد؛ ألا ترى أن إجازة الورثة لا تعمل في الثلث، وإنما تعمل فيما زاد عليه، فلم يجز أن ينقص صاحب السدس بالإجازة عما كان له قبلها.

ويجوز أن يجاب على هذا فيقال: إن الموصي قد علم أن للورثة الإجازة والرد، فلما أوصى به صار كأنه قال: "أوصيت لصاحب السدس عند الإجازة بكذا، وعند الرد

١ بعد هذا الموضع في المخطوط بوب بقوله: فصل، ولعلها مقحمة في السياق والله أعلم.

بكذا" فيكون النقصان بحكم وصية الموصي لا بفعل الورثة، وهذا غير ممتنع؛ لأن للميت أن يعهد في ماله بما شاء.

وقد اعترض محمد ما قاله الحسن فقال: يفسد من وجه، وهو أن يوصي بجميع ماله لرجل، وبخمسة أسداسه لآخر، فلو لم يُجِز الورثة كان الثلث بينهما نصفين، لكل واحد السدس، فلو أجازت [٢٤٦و] لصاحب الخمسة الأسداس خاصة دفعوا إليه الثلثين كله، ولو لم يُجيزوا له وأجازوا لصاحب الجميع دفعوا إليه ذلك الثلثين، فإذا قالوا: "قد أجزنا لكما" فقد أجازوا الثلثين لهما، فإن قسم الثلثين بينهما كان نصفين، لكل واحد نصف المال فتستوي وصيتهما، ومعلوم أن الموصي فضَّل بينهما، فلا يجوز أن يستويا. ولهذه المسألة فروع كثيرة يذكر بعضها في الوصايا.

## [العتق والمحاباة]

[٩١١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا باع المريض عبدا قيمته ألفان بألف، وأعتق عبدا يساوي ألفا، ولا مال له غيرهما، فالمحاباة أولى من العتق، ولا يرد العتق، ولكن يسعى العبد في قيمته. وقالا: يبدأ بالعتق.[1]

وإن تأخر عن المحاباة، فإن بقي شيء كان لصاحب المحاباة، ولو بدأ بالعتق فالثلث في قول أبي حنيفة بين المعتق والمشتري نصفين، وعلى العبد المعتق أن يسعى في نصف قيمته، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ العبد الذي اشتراه بألف درهم وخمسمئة، وإن شاء ترك، فإن رضي أن يأخذه بذلك فعلى المعتق أن يؤدي الخمسمئة التي وجبت عليه من السعاية إلى الورثة، وإن اختار المشتري نقض البيع وأخذ ماله رد العبد على ورثة الميت، وعتق العبد بغير سعاية؛ لأن الوصية الأخرى قد بطلت، فلو اختار المشتري أخذ العبد بألف وخمسمئة، ثم مات المعتق قبل أن يؤدي شيئا من

---

١ انظر: الأصل، ٥/٥٧٦.

السعاية، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ العبد بألف وستمئة، وإن شاء نقض البيع؛ لأن مال الميت نقص بموت المعتق، فلم يبق إلا العبد المبيع، فيكون بين المشتري والورثة على خمسة أسهم؛ لأن الثلث كان بين المشتري والعبد نصفين، لكل واحد سهم، وللورثة أربعة: مات العبد مستوفيا لوصيته فبقي حق المشتري في سهم يضم إلى الأربعة إلى الورثة، ثم يقسم العبد على ذلك فتكون المحاباة الخمس.

وقالا: يبدأ بالعتق قدم أو أخر، فتسقط المحاباة إلا أن يفضل من الثلث شيء فيكون لصاحب المحاباة.

وهذه فرع على أصل أبي حنيفة: أن المحاباة [٢٤٦ظ] إذا تقدمت على العتق فهي أولى، وإن تقدم العتق تحاصا، وإن حابى ثم أعتق ثم حابى فالثلث بين صاحبي المحاباة، ثم تحاص المعتق صاحب المحاباة الثانية، ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق كان الثلث بين صاحب العتق والمحاباة نصفين، ثم تحاص المعتق الثاني المعتق الأول لتساويهما. وعلى قولهما: العتق أولى في جميع الأحوال، والكلام في هذا الأصل يجيء.

وقد قال أبو حنيفة: إذا تصدق بألف درهم، وأقبضها، أو وهب لذي رحم محرم منه وأقبض، ثم حابى رجل في بيع ألف: بدئ بالمحاباة، فإن فضل شيء من الثلث كان لصاحب الصدقة؛ لأن المحاباة مستحقة بعقد المفاوضة، فقدمت على الهبة التي هي تبرع. وقالا: هما سواء؛ لأن كل واحد منهما تبرع يلحقه الفسخ.

## [الوصية بالعين والدين]

[٩١٢.] مسألة قال محمد: قياس قول أبي حنيفة إذا كان لرجل مئة درهم عين، ومئتان دين على أجنبي، فأوصى بثلث العين وبثلث الدين لرجل، وأوصى بثلث الدين لآخر، فخرج من الدين خمسون درهما: فالثلث بينهما، على تسعة، للموصى له بثلث

الدين ثلاثة أسهم فيما خرج من الدين، وستة أسهم من ذلك للموصى له بثلث الدين والعين؛ وذلك لأنه لا يضرب للموصى له بما زاد على الثلث، وقد خرج من الدين خمسون، لكل واحد خمسة وعشرون، ويضرب للموصى له بثلث العين وهو ثلاثة وثلاثون وثلث، فاجتمع له ثمانية وخمسون وثلث، ومعلوم أن ثلث العين ما خرج من الدين خمسون درهما فسقط ما زاد عليها، وإذا ضرب للموصى له بالعين والدين بخمسين، وللآخر بنصف ما خرج من الدين: كان الثلث بينهما أثلاثا.

فأما على قولهما: فالثلث بينهما على ثمانية ثلاثة أسهم: لصاحب وصية الدين فيما خرج من الدين، وخمسة أسهم لصاحب وصية العين، والدين في العين وفيما خرج من الدين؛ وذلك لأنهما يضربان لصاحب ثلث العين [٢٤٧و] والدين بثلث العين، وبجميع ما خرج من الدين؛ لأنه أقل من ثلث الدين، فاجتمع له ثلاثة وثمانون درهما وثلث، ويضربان للموصى له بثلث الدين بالخمسين الخارجة؛ لأنها أقل من ثلث الدين، فاجعل كل ستة عشر وثلثين سهما، فيكون لأحدهما خمسة وللآخر ثلاثة.

ولو أوصى لرجل معها بثلث العين فقياس قول أبي حنيفة: أن الثلث بينهما على ثلاثة عشر سهما: لصاحب العين والدين ستة أسهم في الدين والعين، ولصاحب ثلث العين أربعة، ولصاحب ثلث الدين ثلثه؛ لأنه لا يضرب للموصى له بثلث العين والدين بأكثر من ثلث المال الحاضر، وذلك خمسون، ويضرب لصاحب ثلث العين بثلاثة وثلاثين وثلث، ولصاحب ثلث الدين بنصف ما خرج وهو خمسة وعشرون، فاجعل كل ثمانية وثلث سهما، فيكون لصاحب ثلث العين والدين ستة، ولصاحب ثلث العين أربعة، ولصاحب ثلث الدين ثلاثة.

وقالا: يقسم أصحاب الوصايا الثلث على عشرة: ثلاثة للموصى له بالدين، وسهمان لصاحب ثلث العين، وخمسة لصاحب ثلث العين والدين؛ لأنهما يضربان

لصاحب ثلث العين والدين بجميع وصيته، وإن زادت على الثلث، وذلك ثلاثة وثمانون وثلث، وللموصى له بثلث العين ثلاثة وثلاثين وثلث، وللموصى له بثلث الدين بخمسين، فاجعل كل ستة عشر وثلثين سهما، فتكون عشرة أسهم.

قال محمد: ولو لم يكن أوصى لصاحب ثلث العين والدين بما أوصى به، ولكن أوصى له بثلث ماله مرسلا، فخرج من الدين خمسون فقياس قول أبي حنيفة: أن الموصى له بثلث العين يضرب بأربعة إلى العين خاصة، ولصاحب ثلث الدين خمسة في الدين، وما بقي من المال اقتسمه الورثة، والموصى له بالثلث على ثلاثة وثلاثين سهما: خمسة أسهم للموصى له، والباقي للورثة؛ وذلك لأنه جعل للموصى له بثلث الدين ثلثي ما خرج، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث، [٢٤٧ظ] وجعل الباقي منه وهو ستة عشر وثلثان بين الموصى له بثلث الدين، والموصى له بثلث المال نصفين، فاجتمع للموصى له بثلث الدين أحد وأربعون وثلثان، فاجعل كل ثمانية وثلث سهما، فتكون خمسة أسهم، فيضرب للموصى له بثلث العين بجميع ثلث العين، وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث، وتضرب للموصى له بثلث المال بثلث العين، ثلاثة وثلاثون وثلث، وقد كان أصابه من الخارج من الدين ثمانية وثلث، فاجتمع له أحد وأربعون وثلثان، وهي خمسة أسهم، فصار جميع السهام أربعة عشر سهما.

وأما على قولهما: فيضم الخمسون الخارجة إلى المئة العين، فتخرج ثلث ذلك وهو خمسون، فيقسمها أصحاب الوصايا على ثمانية: لصاحب ثلث العين سهمان، ولصاحب ثلث الدين ثلاثة، فيما خرج من الدين وللموصى له بثلث المال ثلاثة، وذلك أن الموصى بثلث المال يضرب بثلث المال الحاضر وهو خمسون، ويضرب صاحب ثلث الدين مثل ذلك، ويضرب صاحب ثلث العين بثلاثة وثلاثين وثلث، فاجعل كل ستة عشر وثلثين سهما فيكون ذلك ثمانية.

[٩١٣.] مسألة قال محمد: إذا كان للرجل ثلاثمئة درهم منها، مئة عين، ومائتان دين على رجلين، فأوصى لرجل بثلث ماله، وأوصى لكل واحد من الرجلين بثلث ما عليه فقياس قول أبي حنيفة: أن الورثة يقاسمون صاحب الثلث المئة العين على ثلاثمئة: لصاحب الثلث سهم، وللورثة سبعة أسهم؛ وذلك لأن الموصى له بالثلث قد أوصي له بثلث المئة العين، وقد أوصي له بثلث المائتين الدين، وأوصى لصاحب الدين لكل واحد منهما بما عليه، فلكل واحد منهما ثلثا الدين الذي عليه وصية، لا ينازعه فيه صاحب وصية ثلث المال، وثلث الباقي قد أوصى به لصاحب ثلث المال، وأوصى به لصاحبي الدين، فيقسم بينهما، فصار لكل واحد [٢٤٨و] من صاحبي الدين خمسة أسداس ما عليه، ولصاحب الثلث ثلث العين، وذلك سدسا مئة وسدسان من المائتين الدين، من كل مئة سدس، فصار لصاحب وصية ثلث المال أربعة أسداس مئة، ولصاحب الدين لكل واحد خمسة أسداس المئة التي عليه، فيقتسمون الثلث بينهم على أربعة عشر سهمًا، لصاحب ثلث المال أربعة، ولكل واحد من الغريمين خمسة، وللورثة مثلا ذلك ثمانية وعشرون سهمًا، فصار المال اثنين وأربعين سهمًا، يطرح من ذلك ما يصير صاحبي الدين؛ لأنهما مستوفيان بوصيتهما مما عليهما، وذلك عشرة أسهم، ويبقى اثنان وثلاثون سهما: لصاحب الثلث من ذلك أربعة، وللورثة ثمانية وعشرون، فاجعل كل أربعة سهما فتعود إلى ثمانية: للموصى له سهم وللورثة سبعة.

وأما على قولهما: فإن الورثة وصاحب ثلث المال يقتسمون المئة العين على سبعة أسهم، السُّبع من ذلك لصاحب الوصية بثلث المال، وستة أسباع ذلك للورثة، وللموصى لهما مما عليهما بوصيتهما يؤديان ما بقي، فكل شيء أدياه اقتسمه الورثة، وصاحب الوصية بثلث المال على سبعة أسهم، حتى يصير في أيدي الورثة مائتا درهم، ويصير في يد الموصى له بثلث المال ثلاثة وثلاثون وثلث؛ وذلك لأن الموصى

له بالثلث قد أوصي له بمئة، وأوصي لكل واحد من الغريمين بمئة، فالثلث بينهم على ثلاثة وللورثة مثل ذلك، وذلك ستة أسهم، فصار مال الميت مقسوما على سبعة أسهم: للورثة ستة، ولصاحب الثلث سهم.

[٩١٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كان للرجل مائتا درهم عينا ومئتا درهم دينا على رجلين، على كل واحد مئة، فأوصى بربع ماله لرجل، ولكل واحد من صاحبي الدين بما عليه، ثم مات ولم يترك شيئا غير ذلك، وصاحبا الدين معسران: فإن العين تقسم على ثلاثة وعشرين سهما، لصاحب الربع [٢٤٨ظ] ثلاثة، وللورثة عشرون، ويحتسب لكل واحد من الغريمين بوصية، وهي ثلاثة أسهم ونصف من ثلاثين سهما من جميع المال العين والدين، ويؤديان ما بقي، فما خرج اقتسمه الورثة، وصاحب الربع على ثلاثة وعشرين؛ وذلك لأن الموصي أوصى لكل واحد من الغريمين بمئة، وأوصى لصاحب الربع بربعها، فثلاثة أرباعها لصاحب الدين بغير منازعة، والربع تساوى فيه الغريم وصاحب الربع، فيقسم بينهما، فصارت كل مئة ثمانية أسهم: لصاحب الدين منها سبعة، ولصاحب الربع سهم، فيضرب صاحب الربع بربع المئتين العين أربعة من ستة، فصار الثلث عشرين سهمًا، وللورثة مثلا ذلك. وإذا كان للورثة أربعون سهما، ولصاحب الربع ستة، فردها إلى نصفها اختصارا، فلذلك ضرب للورثة بعشرين، ولصاحب الربع بثلثه، وجعل وصيي صاحبي الدين سبعة.

وأما على قولهما: فإن الورثة وصاحب الربع يقسمون العين على سبعة: للموصى له من ذلك سهم واحد، والباقي للورثة؛ وذلك لأنك تدفع إلى الموصى له بالربع من المئتين العين، فيكون كل واحد من الغريمين مستوفيا لوصيته، فتضرب لكل واحد من الغريمين بجميع ما عليه، وهو مئة، ولصاحب الربع بربع العين وربع الدين، وذلك مئة، وللورثة مثلا ذلك، فاجعل كل مئة سهما وذلك تسعة أسهم: استوفى الغريمين من ذلك سهمين، فيقسم ما بقي على سبعة.

[٩١٥.] مسألة قال محمد: قياس قول أبي حنيفة إذا كان لرجل ثلاثمئة مئة منها عين ومائتان درهم دين على رجلين، على كل واحد مئة، فأوصى لكل واحد منهما بثمانين درهما مما عليه، ولرجل بثلث ماله: فإن الورثة وصاحب ثلث المال يقتسمون العين على ثلاثة وثمانين سهمًا، ثلاثة عشر للموصى له، وسبعون للورثة، [٢٤٩و] ولصاحبي الدين اثنان وعشرون سهما من مئة سهم، وخمسة أسهم من جميع المال بينهما نصفان، بحسب ذلك مما عليهما، فيؤديان ما بقي، فيقتسمه الورثة والموصى له بالثلث على ثلاثة وثمانين سهما؛ وذلك لأن الموصى له بالثلث قد أوصي له بثلث العين، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث لا يشاركه فيه أحد، وأوصي له من كل مئة دين بثلاثة وثلاثين وثلث، عشرون درهما منهما يفضل عن وصية صاحب الدين، فيستحقها من غير مشاركة، ويبقى له في كل ثمانين من وصية صاحبي الدين ثلاثة عشر وثلث قد أوصي بها له ولصاحب الدين، فيقسم بينهما، فصار له من المئتين الدين ثلاثة وعشرون وثلثان، فاجتمع له من العين والدين ستة وثمانون وثلثان، وصارت وصيتي صاحبي الدين مئة وستة وأربعون وثلثي درهم، لكل واحد مما عليه ثلاثة وسبعون درهما وثلث، فاجتمعت الوصايا مئتان وثلاثة وثلاثون وثلث، وهي أكبر من الثلث، فلا تضرب بأكثر من الثلث، فاجعل كل عشرين ثلاثة أسهم، فتصير جملة الوصايا خمسة وثلاثين، وللورثة مثلا ذلك، للموصى له بالثلث ثلاثة عشر سهما، ولصاحبي الدين اثنان وعشرون؛ أسقطنا ذلك لأنهما استوفياه مما عليهما، وضممنا وصية صاحب الثلث إلى حق الورثة، فصار ثلاثة وثمانين سهما.

وأما على قولهما: فإن الورثة والموصى له بثلث المال، يقتسمون المئة العين على اثنين وستين سهما، للورثة من ذلك اثنان وخمسون، ولصاحب الثلث عشرة؛ وذلك لأنهما يضربان لكل واحد من صاحبي الدين بثمانين، ولصاحب الثلث بعشرة، فاجعل

كل عشرة سهما، فتكون الوصايا ستة وعشرون، وللورثة مثلا ذلك، استوفى الغريمان ستة عشر مما عليهما، فيبقى لصاحب الثلث عشرين تضم إلى ما للورثة، فتصير اثنين وستين سهما، فيقتسمون العين على ذلك. [٢٤٩ظ]

[٩١٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كان لرجل ثلاثمئة درهم عين، ومائتان دين، على رجلين، فأوصى لكل واحد منهما بما عليه، ولآخر بثلث ماله، ثم مات ولا مال له غير ذلك، فأدى أحد الرجلين المئة التي عليه، ومات الآخر ولم يدع مالا: فإن المئتين العين يقسمان بين الورثة والموصى لهما على سبعة وثلاثين سهما: لصاحب الدين خمسة أسهم من المئة التي أدى، ويضم ما بقي منها إلى العين، فيقتسمها الورثة والموصى له بالثلث على ثمانية: للموصى له سهم وللورثة سبعة؛ وذلك لأن الموصى له بالثلث قد أوصي له بثلث الدين، وأوصي للغريم بجميعه، فثلثا ذلك للغريم بغير منازعة، والثلث بين الغريمين والموصى له بالثلث نصفين، فصارت كل مئة ستة لصاحب الثلث ثلث المئة، والعين سدس المئتين الدين، وذلك أربعة، ولكل واحد من الغريمين خمس أسداس ما عليه، وذلك خمسة، فصارت الوصايا أربعة عشر، وللورثة مثلا ذلك، ثمانية وعشرون، فصار المال مقسوما على اثنين وأربعين، يحسب من ذلك الذي لم يزد شيئا خمسة أسهم؛ لأنه استوفاها، وهو خمسة أسهم تدفع إلى الغريم المؤدي مما أدى، فيبقى اثنان وثلاثون: لصاحب الثلث أربعة، وللورثة ثمانية وعشرون، فردها إلى أربعة اختصارًا، وقسم المال على ثمانية.

وأما على قولهما: فيضرب الموصى له بالثلث جميع المال مئة، ولكل واحد من الغريمين بما عليه، فصار الثلث على ثلاثة، وللورثة مثلا ذلك، ومات الغريم مستوفيا لوصيته سهم، وبقي ثمانية أسهم منها للغريم الذي أدى مما أدى، ويضم ما بقي من المئة إلى العين، فيقتسمه صاحب الثلث والورثة على سبعة.

[٩١٧.] مسألة قال محمد: قياس قول أبي حنيفة إذا كان لرجل ثلاثمئة عين ومئتان دين على رجلين على كل واحد منهما [٢٥٠و] مئة، فأوصى لأحدهما بثلث ماله، وللآخر بما عليه، ولأجنبي بربع المئة، والغريمان معسران، ثم مات الرجل ولم يدع شيئا غير ذلك: فإن المئة العين تقسم بين الورثة والموصى له بربع المئة العين على ثمانية وتسعين سهما: للموصى له ستة وللورثة ما بقي؛ وذلك لأنه أوصى لأحد الغريمين بما عليه، وأوصى للآخر بثلث المال، فصار موصى له بثلث هذه المئة، فثلثاها للغريم بلا منازعة، وثلثها يساوي الغريمان فيها، فكانت بينهما. والمئة العين أوصى بربعها للأجنبي، وبثلثها لأحد الغريمين، فاجعل كل مئة أربعة وعشرين سهما، ولصاحب الثلث ثلث [المئة][1] التي عليه، وهو ثمانية، وله من المئة التي على الغريم الآخر ثمانية، وقد أوصى للغريم الآخر بجميع ما عليه أربعة وعشرون، فسلم له ستة عشر بلا منازعة، وثمانية تساوى فيها الغريمان، فكانت بينهما، يحصل لصاحب الثلث اثنا عشر سهما، وله ثلث المئة العين ثمانية، وذلك عشرون سهمًا، وللغريم الآخر مما عليه عشرون، ولصاحب ربع الدين ستة، فصارت الوصايا ستة وأربعين، وللورثة ضعفها اثنان وتسعون، يضم إليها ما لصاحب الربع وهو ستة، فصار العين بينهم على ثمانية وتسعين.

وأما على قولهما: فالمئة العين بين الورثة، وصاحب الربع على تسعة عشر سهما: لصاحب الربع سهم، وللورثة ثمانية عشر؛ لأنه يضرب لصاحب الثلث ثمانية، والغريم الآخر بمئة، ولصاحب ربع العين بخمسة وعشرين، فاجعل كل مئة أربعة، يكون الثلث تسعة، وللورثة ثمانية عشر، يضم إليها نصيب صاحب الربع بينهما، يقتسمان العين على ذلك.

---

[1] في المخطوط: مائة، ولعل الصواب ما أثبت.

وقد ذكر بعد هذا مسائل مبنية على هذا الأصل، ومسائل اعترض عليها لم يذكرها؛ لأنها تخرج عن الغرض بهذا الكتاب.

[الحلف على العتق]

[٩١٨.] مسألة [٢٥٠ظ] قال أبو حنيفة: إذا قال لأمته في مرضه: "إن كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر، وإن كانت جارية فأنت حرة" فولدت غلاما وجارية لا يعلم أيهما أول، ومات السيد من ذلك المرض قبل أن يبين، وقيمة كل واحد منهما ثلاثمئة: عتقت الأم ونصف الغلام والبنت رقيق. فإن ماتت الأم سعى الغلام فيما كان عليها. وقالا: لا يسعى فيما على أمه. وهذا فرع على أن المستسعاة مكاتبة، فيسري ما عليها إلى ولدها. وعلى قولهما: هي حرة عليها دين، فلا يلزم ولدها إلا أن يترك مالا.[١]

[إقرار بعض الورثة بوارث]

[٩١٩.] مسألة قال أبو يوسف: إذا مات الرجل وترك ابنا وبنتا، فأقرت البنت بأخ لهما، وأنكره أخوها: فإن المقر به يأخذ ثلثي ما في يدها، فإن دفعته بقضاء أو بغيره ثم أقرت بأخت فصدقها فيها أخوها المعروف والمقر به، وصدقت المقر بها الأول، وكذّبت الابن المعروف الأول، فإن البنت المقرة بها تأخذ من الابن المعروف ربع ما في يده، فيضمه إلى ما في يد أختها، وإلى ما في يد المقر بها الأول، فيقتسمون ذلك على أربعة أسهم: للمقر به الأول سهمان ولكل بنت سهم. ولو كانت المقرة بها كذبت الأول أخذت من أخيها إن كانت دفعت إلى الأول بالقضاء ثلاثة أثمان ما في يده، فيضمه إلى ما في يد الابن المعروف، فيقتسمان ذلك على ثلاثة أسهم. وإن كانت البنت المعروفة دفعت بغير قضاء أخذت منها البنت العليا المقر بها سدس ثلث المال، فتضم إلى ما في يد المعروف فيقتسمان ذلك على ثلاثة أسهم، لها سهم وللمعروف سهمان.

---

١ انظر: الأصل، ١٢٧/٥؛ الجامع الصغير، ٢٥٠، ٢٥١؛ شرح مختصر الطحاوي، ٣٠٦/٨، ٣٠٧.

والأصل في ذلك أن المقر بها لما تصادقت مع المقر به فالمعروف يقول: فريضتنا من اثني عشر في يدي ثمانية، وفي يد أختي أربعة، وهو يزعم أنهم ابن وبنتان، فله ستة، ولكل بنت ثلاثة، فتأخذ مما [٢٥١و] في يده ستة أسهم، ويدفع إلى المقر بها سهمين، وهو ربع ما في يده، وينبغي أن تأخذ المقر بها من المقرة سهما حتى يصير في يدها ثلاثة أسهم، فلما تصادق المقر، والمقر بها أخذت من أختها المعروفة سهمين، فيضمهما إلى ما في يد أختها المعروفة، فيقتسمون ذلك على أربعة أسهم، للابن سهمان، ولكل بنت سهم، فإذا كذب بها المقر الأول، وقد كان الأول أخذ من المقرة بقضاء أخذت من المقرة ثلاثة أثمان ما في يدها؛ لأن المقرة تقول: "لو أقررت بالأخ والأخت جميعا كانت فريضتنا من ثمانية عشر، في يدي منها ستة، وفي يدي أخي اثنا عشر، فلو صدقني أخي فيهما لوجب أن أدفع إلى أختي سهما واحدا هو سدس ما في يدي، وأدفع إلى أخي سهمين، ويجب على أخي المعروف أن يدفع إلى أختي سهمين، وإلى أخي أربعة، ويبقى في يده ستة، فلما كذبني في الأخ الذي أقررت به وجب أن أعزل السهم الذي كنت أدفعه إلى أختي، فيبقى في يدي خمسة، فكان يجب أن أقاسم أخي هذه الخمسة أثلاثا فأعطيه ثلثيها ثلاثة أسهم وثلث، ويبقى لي سهم وثلثا سهم، فيبسط ذلك أثلاثا فيكون خمسة أسهم، وأبسط الدراهم التي عزلتها للمقر بها فتكون ثلاثة، فأضمها إلى خمسة فيصير ثمانية"؛ ولهذا قال: إن الذي وجب للمقر به ثلاثة أثمان ما في يد المقر. وإن كانت المقرة دفعت إلى الأول ثلثي ما في يدها بغير قضاء وجب عليها أن تدفع إلى المقر بها السدس الذي عزلته؛ لأن ما دفعته بغير قضاء كالباقي في يدها.

وأما على قول محمد: فإن دفعت إلى الأول بقضاء أخذت الثانية ربع ما في يدها فضمتها إلى ما في يد الأخ المقر به، فيقتسمان ذلك على ثلاثة؛ لأنها تقول: "أضرب

لنفسي بثلاثة أسهم، وللمقر به بستة أسهم، وللمقر بها بسهم، فذلك عشرة أسهم، فأعزل السهم الذي لأختها"، فيبقى تسعة، فتدفع إلى الأخت ستة، ويبقى ثلاثة، فتضمه إليها [٢٥١ظ] السهم الذي عزلته للأخت، فلهذا وجب أن تدفع إليها ربع ما في يدها، وعلى هذا الأصل يجري ما ذكره من مسائل الإقرار.

## [الوصية بأكثر من الثلث فلم يجز الورثة]

[٩٢٠.] مسألة إذا مات الرجل وترك ابنين، وأوصى لرجل بنصف ماله، وأوصى لآخر بمثل نصيب أحد ابنيه، فلم يُجز الورثة فقياس قول أبي حنيفة: أن الفريضة من خمسة عشر، للموصى له بالنصف ثلاثة، وللموصى له بمثل النصيب سهمان؛ لأنه لا يضرب لصاحب النصف بأكثر من الثلث، فيضرب له بثلثه، ويبقى ستة للموصى له بمثل النصيب، سهمان فيصير سهام الوصايا خمسة، وللورثة مثلا ذلك.

وأما على قول أبي يوسف: فالفريضة من تسعة وثلاثين، الثلث من ذلك ثلاثة عشر، للموصى له بالنصف تسعة، ولصاحب النصيب أربعة.

وأما على قول محمد: فالثلث بينهما على خمسة، للموصى له بالنصف ثلاثة، وللموصى له بمثل النصيب سهمان. وقد ذكر فروعا على هذه المسألة، واضطرب القول فيها؛ لأنهم أخذوا لصاحب النصف عند الإجازة. وله أن يقول: "لا حاجة لي في الإجازة إذا أضر بي".

***

# كتاب الوصايا

## [الوصية لذوي قرابة]

[٩٢١.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: إذا أوصى لذوي قرابته: اعتبر الاثنان فصاعدا، الأقرب فالأقرب من ذوي الرحم المحرم، ولا يدخل فيه والد ولا ولد. وقالا: يعتبر من ينتسب إلى أقصى أب في الإسلام من قبل الرجال والنساء، ولا يدخل فيه الوالدان والولد.[١]

لأبي حنيفة: أنه تمليك متعلق بالموت فإذا تعلق بالقرابة اعتبر فيه الرحم المحرم، ولم يثبت لغيرهم حكم معهم كالمواريث. ولأن كل حكم علق بالقرابة في الشريعة، فإنه لا يثبت للأبعد مع الأقرب كالنفقة. ولأنه لم يتعلق حكم في الشريعة بأقصى أب في الإسلام، فلم يجز إثبات ما لا نظير له. ولأن اعتبار هذا المعنى يؤدي إلى بطلان الوصية؛ لأنها تجمع الأغنياء والفقراء، والوصايا فيمن لا يحصى إذا جمعت الفقراء والأغنياء بطلت.

وجه قولهما: [٢٥٢و] أن اسم القرابة يجمع من ينصرف إلى الميت بغيره، فوجب اعتبار جميع ما يتناوله الاسم، ولا يخص إلا بدلالة. ولأن النبي عليه السلام أعطى سهم ذوي القربى لجميع بني هاشم، وسوَّى بين القريب والبعيد، فدل على أن الاسم لا يختص.

---

١ انظر: الأصل، ٤٣٠/٥؛ نوادر المعلى، ٩٦و.

## [الوصية لبني فلان]

[٩٢٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لبني فلان، لرجل بعينه، له أولاد يُحصَون: فالوصية للذكور دون الإناث، وإن كانوا لا يُحصَون فالوصية لهما. هذا في رواية أبي يوسف. وروى يوسف بن خالد عن أبي حنفية: إذا كان المضاف إليه الأولاد أبا [ليس][1] قبيلة [و]الأولاد يُحصَون أو لا يُحصَون: فالذكور والإناث سواء. وقالا: الوصية لهما في الوجهين.[2]

وجه قول أبي حنيفة: أن "بني فلان" يتناول الذكور والإناث، لأن اسم التذكير يغلب عند الاجتماع. ولهذا يقال: "بني آدم" و"بني هاشم" فوجب حمل اللفظ على جماعتهم، إلا أن العادة جارية في الرجل يحصى ولده ذكر البنين للذكور، يقال: "هؤلاء بنو فلان، وهؤلاء بناته" فوجب حمل اللفظ على العادة. ولأن استحقاق الذكور متيقن، واستعمال اللفظ فيمن سواه مشكوك فيه، فلا يستحق الوصية بالشك. ولأن من لا يحصى ولده إنما يقال: "بني فلان" على طريق التسمية، فإذا أحصي ولده فإنما يقال على طريق الوصف بالبنوة، فوجب حمل اللفظ عليهما.

وجه قولهما: أن اسم الذكور يغلب على الإناث حال الاجتماع، ويكون ذلك حقيقة، فوجب حمل الاسم على جميعه، كالحمل فيمن لا يحصى ولده.

## [دخول ولد الولد في الوصية لبني فلان]

[٩٢٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لبني فلان وله ابن ابن وبنت ابن: لم تستحق بنت الابن مع ابن الابن. وقالا: الوصية لهما.

---

١ زيادة من الأصل، ٤٣٠/٥.

٢ انظر: الأصل، ٤٣٠/٥؛ مختصر اختلاف العلماء، ١٨/٥، ١٩.

وهذا على ما قدَّمنا أن الاسم في الابن حقيقة، وفي غيره مجاز، فوجب حمل اللفظ على الحقيقة ما أمكن. وعلى قولهما: الاسم يتناولهما حال الاجتماع، كما قالا في ولد الصلب.[١]

وقد روى الحسن عن [٢٥٢ظ] أبي حنيفة: فيمن أوصى لولد فلان أنه يدخل في الوصية الولد وولد الولد؛ لأن الاسم يتناولهم، وقد فهم ذلك من ظاهر قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ﴾ [النساء، ١١/٤]. والصحيح: أن لا يدخلون مع ولد الصلب؛ لأن الاسم حقيقةٌ فيهم، مجازٌ في ولد الولد. ومن أصله: أن الاسم لا يُحمَل على المجاز والحقيقة.

وقد قال أبو حنيفة فيمن أوصى لولد فلان وله أولاد بنات: إنهم لا يدخلون في الوصية. وروى الحسن عنه: دخولهم في الوصية مثل أولاد البنين. وذكر الطحاوي عن الخصاف عن محمد: أن بني البنات يدخلون في الوقف الذي لبني فلان. وقد ذكر في السير الكبير: أن بني البنات لا يدخلون في الأمان إذا كان للرجل وولده.[٢]

وذكر الخصاف عن أبي حنيفة: فيمن أوصى لولد فلان بثلث ماله أن الثلث للذكور دون الإناث. وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل ذلك. وقال محمد: يدخل أولاد البنات. قال الطحاوي: سمعت بكّار بن قتيبة أن أبا بكرة يقول: كان ابن عائشة يعني عبيد الله بن محمد التيمي يأخذ من وقف الهاشميين، كان رجل منهم وقفه على ولده، وكانت أمه منهم، فيأخذ منه، حتى أخرجه عيسى بن أبان، ولم ير له حقا بأمه. قال بكّار: فأنكر عليه أصحابنا هلال وغيره، وقالوا: خرج من قول أصحابه. قال الطحاوي: فذكرت ذلك لعيسى فقال: ما خرجت من قول أصحابي، هذا

---

١ انظر: الأصل، ٤٣١/٥، ٤٣٢؛ مختصر اختلاف العلماء، ٤٣/٥-٤٦.

٢ انظر: شرح السير الكبير، ٣٣٠-٣٣٤.

قول محمد. فذكرت ذلك لأبي خازم فقال: صدق عيسى، هذا قول محمد في السير. وذكر الأنصاري عن أبي حنيفة وزفر: أن ولد البنات يدخلون في الوقف للأولاد.[١]

وجه الرواية الأولى: أن ولد البنات لا ينسبون إلى الجد، وإنما ينسبون إلى قبيلة أبيهم، وقولهم: "ولد فلان" يفيد من ينتسب إليه بالولادة. وقد سئل الشعبي عن ذلك فأجاب أنه لولد البنين، وأنشد:

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الْأَبَاعِدِ

[٢٥٣و] وجه رواية الحسن: أن ولد البنات ينسبون إلى جدهم، ولهذا يقال في الحسن والحسين: إنهما أبناء رسول الله صلى الله عليه وأولاده.

## [الوصية لرجلين وأحدهما ميت]

[٩٢٤.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أوصى لرجلين وأحدهما ميت: فالثلث للحي. وقال أبو يوسف في غير الأصول: إن كان يعلم بموته فهو كذلك، وإن كان لا يعلم فله نصف الثلث.[٢]

لهما: أن الجهل والعلم لا يؤثر في إبطال العقد لمن لا يصح له العقد، أصله إذا قال: "أوصيت لفلان ولهذا الشخص" وهذا يظن أنه إنسان. وكذلك من أوصى لميت لم يتعلق بوصيته حكم، واستوى في ذلك العلم والجهل.

لأبي يوسف: أن الموصي لما عقد، وهو لا يعلم بالموت لم يوجب للحي إلا النصف، فلم يستحق زيادة على ذلك. وإذا علم بالموت فالميت لا يوصى له، فصار موجبا للوصية بالحي، وذكر الميت لغو في الكلام.

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٤٣/٥-٤٦.

٢ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ١٥٩/٥؛ شرح مختصر الطحاوي، ١٩٤/٤.

## [الوصية بحجة الإسلام والزكاة]

[٩٢٥.] مسألة قال في الأصل: إذا أوصى بحجة الإسلام والزكاة: بُدِئ بالحج. وعن أبي يوسف: أن الزكاة مقدَّمة وإن أخَّرها. وروى هشام عن محمد مثله. وعن أبي يوسف في الإملاء: أن الزكاة والحج يتحاصان. قال ابن شجاع عن أبي يوسف: الزكاة والحج سواء، ثم رجع فقال: الزكاة أوجب.[1]

وجه ما في الأصل: وهو المشهور أن الحج منصوص على وجوبه، متواعَد على تركه؛ بدلالة قوله عليه السلام: «من مات ولم يحج فإن شاء فليمت يهوديًا، وإن شاء فليمت نصرانيًا».[2] ووجوبه يتعلق بالبدن والمال، والزكاة يختص وجوبها بالمال فكان الحج أولى بالتقديم.

لأبي يوسف ومحمد: أن الزكاة فيها منفعة لآدمي، والحج لا منفعة فيه للآدمي، فكان تعجيل ما ينتفع به الآدمي أولى. ولأن الزكاة قد ورد الوعيد بتركها في القرآن بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكۡنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلۡفِضَّةَ﴾ [التوبة، ٣٤/٩]، وقوله: ﴿لَوۡلَآ أَخَّرۡتَنِيٓ إِلَىٰٓ أَجَلٖ قَرِيبٖ [٢٥٣ظ] فَأَصَّدَّقَ﴾ [المنافقون، ١٠/٦٣].

وأما الرواية التي رويت عن أبي يوسف أنهما يتحاصان: فلأنهما عبادتان تجبان بوجود المال، ويؤثر الدَّين فيهما فجريا مجرى واحدا.

## [الوصية للموالي]

[٩٢٦.] مسألة قال في الأصل: إذا أوصى لمواليه، وله موالي أعلى وموالي أسفل: فالوصية باطلة. وكذلك ذكره الأنصاري عن أبي حنيفة وزفر. وذكر ابن أبي

---

١ انظر: الأصل، ٤٤٤/٥؛ مختصر اختلاف العلماء، ١٣/٥؛ شرح مختصر الطحاوي، ١٧٩/٤-١٨٢.

٢ انظر: مصنف ابن أبي شيبة، ٤٥٨/٨ (١٤٦٦٥)؛ سنن الدارمي، ١١٢٢/٢ (١٨٢٦).

عمران عن أبي يوسف: أن الرجل إن كان قد عظم أمره حتى صار له موالي منسوبين إليه: فالوصية لهم.[١]

وجه قولهم: أن الموالي اسم مشترك يتناول المنعِم والمنعَم عليه، ولا يجوز حمله عليهما جميعا لتنافيهما، وليس أحدهما أولى من الآخر: فبطلت الوصية لهما. وليس كذلك الوصية للإخوة؛ لأن الاسم يقع على معنى واحد، وهو الانتساب إلى أحد الأبوين، فأمكن حمل اللفظ على الجميع. وكذلك القرابة؛ لأنه اسم للقرب، وذلك يعم. ولا يلزم على ما ذكرناه: إذا كان له معتق ومولى موالاة؛ لأن إطلاق الاسم يختص بالعتاقة، ومولى الموالاة يتناوله الاسم بالتقييد فيقال: "مولى موالاة"، فوجب حمل اللفظ على إطلاقه. ولا يقال: إن اسم المولى يتناول المعتِق والناصر وابن العم، ومع هذا لو أوصى لمواليه وله بنو عمٍ جازت الوصية للمعتقين؛ وذلك لأن المولى إذا أضيف إلى الإنسان اقتضى الولاء دون النصرة، ومن حكم اللفظ أن يحمل على إطلاقه. ولا يلزم على هذا إذا قال: "لا أكلم موالي فلان" أنه يحمل على الأعلى والأسفل؛ لأن هذا نفي، واللفظ الواحد يجوز أن ينتفي به الأسماء المشتركة وإن لم يجز أن يتناولها حال الإثبات.

لأبي يوسف: أن الرجل العظيم لا يضاف إلى غيره بالولاء، وإنما تقع الإضافة إليه، فإذا ذكر مواليه فالظاهر أنهم المعتَقين، فحمل اللفظ عليه.

## [الوصية بعين ومال]

[٩٢٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لرجل بسيف قيمته مئة، ولآخر [٢٥٤و] بسدس ماله، وله خمسمئة سوى السيف: فلصاحب السيف خمسة أسداس السيف

---

١ انظر: الأصل، ٤٤٣/٥، ٤٤٤؛ مختصر اختلاف العلماء، ٥٥/٥-٥٧.

ونصف سدسه، ولصاحب السدس نصف سدس السيف وسدس خمسمائة. وقالا: لصاحب السيف ستة أسباع السيف، ولصاحب السدس سبع السيف وسدس خمسمئة.[١]

لأبي حنيفة: أن الوصية بالسيف وصية بعين فيسلم للموصى له بها خمسة أسداسها بلا منازعة، وسدس الآخر تساويا فيه فكان بينهما؛ ألا ترى أنه لو أوصى لرجل بعبدين ولآخر بنصف أحدهما، وهما يخرجان من الثلث: أن العبد الفاضل يحصل كله للموصى له بالعبدين، ولا يضرب صاحب السيف بنصف العبد في العبد الكامل عند الجميع؛ لأنها وصية معينة، كذلك في مسألتنا. وليس كذلك الوصية المرسلة؛ لأنها ليست بوصية من حق الوارث، فكان كل واحد منهما مدليا بسبب صحيح، فضرب بجميع قسمته.[٢] وفي مسألتنا خمسة أسداس السيف حق الموصى له بالسيف بعينه، فلا يجوز فيه وصية صاحب السدس، كما لا يضرب بوصيته في مال الغير.

وإذا ثبت ما ذكرنا انقسم السيف في قوله على اثني عشر سهما؛ لمكان نصف السدس، فالواجب أن يجعل كل مئة اثني عشر سهما، فصارت الخمسمئة ستين سهما، والسيف اثنا عشر سهمًا، فذلك اثنان وسبعون، الثلث منها أربعة وعشرون، فيأخذ الموصى له بالسيف أحد عشر من السيف، وذلك ثلاثة أثمان الثلث وثلثي ثمن الثلث، وقد حصل لصاحب السدس سهم من اثني عشر سهما من السيف، وسدس خمسمئة، وهو عشرة من ستين سهما، فإذا ضممت أحدهما إلى الآخر صار أحد عشر سهما مثل نصيب الموصى له بالسيف، وهو ثلاثة أثمان ثلث جميع المال، وثلثي ثمن الثلث، وذلك سبعة أثمان ثلث جميع المال، وثلث ثمن الثلث، والباقي للورثة، وذلك

---

١ انظر: الأصل، ٤٣٧/٥.

٢ وصورته في المخطوط: .

خمسون سهما من اثنين [٢٥٤ظ] وسبعين من جميع المال، وذلك أربعمئة وستة عشر وثلثين، وللموصى له بالسيف أحد عشر سهمًا، قيمتها أحد وتسعين وثلثين، وللموصى له السدس سهم من السيف قيمته ثمانية وثلث، وعشرة من الخمسمئة وهي ثلاثة وثمانون وثلث.

وأما على قولهما: فكل واحد يضرب بجميع وصيته، فيضرب صاحب السيف به، وذلك ستة[1] أسهم، وصاحب السدس بسهم، فذلك سبعة وسدس خمسمئة، يستحقه الموصى له بالسدس كله. وإذا صار السيف سبعة وهو سدس المال صار الخمسمئة خمسة وثلاثون سهمًا، والسيف سبعة، فذلك اثنان وأربعون، الثلث أربعة عشر، للموصى له بالسيف ستة من سبعة من السيف، وذلك ثلاثة أسباع ثلث جميع المال، وللموصى له بالسدس سبع السيف، وسدس خمسمئة، وذلك خمسة أسهم وخمسة أسداس سهم، فإن أردت إخراج الكسر على قولهما: فاضرب ستة في اثنين وأربعين، فيكون مئتين واثنين وخمسين، ومنها يصح.

## فصل

[٩٢٨.] فإن كانت المسألة بحالها: وأوصى لرجل بثلث ماله، فإن الثلث يقسم بينهم، فيضرب فيه صاحب السدس بسدس خمسمئة وثلث سدس السيف، ويضرب فيه صاحب الثلث بثلث خمسمئة وخمسة أسداس سدس السيف، ويضرب فيه صاحب السيف إليه[2] بخمسة أسداس السيف إلا سدس سدس السيف، فما أصاب صاحب السيف كان فيه، وما أصاب صاحب الثلث والسدس كان في الدراهم وفيما بقي من السيف في قياس قول أبي حنيفة؛ وذلك لأن ثلثي السيف لا منازعة لصاحب الثلث

١ وصورته في المخطوط: 

٢ وصورته في المخطوط: ، والله أعلم.

والسدس فيه، فيسلم للموصى له بالسيف، يبقى ثلث السيف، نصف ذلك الثلث لا منازعة لصاحب السدس فيه، فيكون بين صاحب الثلث، وصاحب السيف نصفين، يبقى سدس السيف قد تساووا فيه، فكان بينهم أثلاثا، فصار لصاحب [٢٥٥و] السدس من السيف ثلث سدسه، ولصاحب الثلث ثلث السدس ونصف السدس، وذلك خمسة أسداس سدس السيف، ولصاحب السيف خمسة أسداس السيف إلا سدس سدسه، وللموصى له بالثلث ثلث خمسمئة، وللآخر سدسها، فاحتجنا إلى مال له سدس ولسدسه ثلث ونصف صحيح، فتضرب ستة في ثلاثة، ثم في اثنين: يصير ستة وثلاثين ثلثا السيف، أربعة وعشرون لصاحب السيف، وما بين الثلثين إلى خمسة الأسداس وهو ستة بين صاحب السيف وصاحب الثلث نصفين، والسدس الآخر بين صاحب السيف وصاحب الثلث والسدس أثلاثا، فحصل للموصى له بالسيف سبعة وعشرون، وذلك ثلثا السيف وخمسة أسداس سدس السيف، وللموصى له بالثلث خمسة أسهم، وهي خمسة أسداس سدس السيف، ولصاحب السدس سهمان.

وإذا كان سدس المال ستة وثلاثين سهما فالواجب أن يجعل كل سدس كذلك، فيضرب خمسة في ستة وثلاثين، فذلك مئة وثمانون، فهذه سهام الخمسمئة، لصاحب الثلث منها ستون، ولصاحب السدس ثلاثون، فصار لصاحب السيف تسعة وعشرون، ولصاحب الثلث خمسة وستون، ولصاحب السدس اثنان وثلاثون.

فجملة سهام الوصايا مئة وستة وعشرون، وثلث جميع المال اثنان وسبعون، فانسب الثلث من الوصايا فتجده أربعة أسباعها، وكل من أوصي له بشيء أخذ أربعة أسباع ما ضرب له به، فكان لصاحب السيف تسعة وعشرين يستحق أربعة أسباعها ستة عشر سهما وأربعة أسباع سهم، وكان لصاحب السدس اثنان وثلاثون، أربعة أسباعها ثمانية عشر وسبعين، وكان لصاحب الثلث خمسة وستون، أربعة أسباعها

سبعة وثلاثون وسبع، فذلك اثنان وسبعون، [٢٥٥ظ] وهو مقدار الثلث للموصى له بالسيف جميع ما أصابه من السيف، وكان للموصى له بالسدس من السيف سهمان، يأخذ منه أربعة أسباعها، وذلك سهم وسُبع سهم من ستة وثلاثين من السيف، وسبعة عشر سهما وسبع سهم من بقية المال، وللموصى له بالثلث من السيف أربعة أسباع، خمسة أسهم وذلك سهمان وستة أسباع، ويبقى له أربعة وثلاثون سهما وسبعي سهم يكون له من بقية المال، ويبقى من السيف للورثة خمسة عشر سهما وثلاثة أسباع سهم، ومن الخمسمئة مئة وثمانية وعشرون سهما وأربعة أسباع سهم، فإذا جمعتها كان مئة وأربعة وأربعون سهما، وهو مثلا ما حصل للموصى له.

وأما على قولهما: فإن صاحب السيف يضرب في الثلث بستة أسهم، وصاحب الثلث بسهمين من السيف، وعشرة من بقية المال؛ لأن بقية المال ثلاثون، فصارت سهام الوصايا أربعة وعشرين، وثلث المال اثنا عشر، فأضعِف المال كله يصير اثنين وسبعين، الثلث من ذلك أربعة وعشرون، وهو مقدار مائتي درهم، والسيف من ذلك اثنا عشر، فاقسم الثلث بينهم على أربعة وعشرين، لصاحب الثلث اثنا عشر سهمان من السيف، وعشرة من المال، ولصاحب السدس ستة سهم من السيف، وخمسة من المال ولصاحب السيف ستة من السيف، وهو نصف السيف، وقد بقي من السيف ثلاثة أسهم، ومن خمسمئة خمسة وأربعون، يكون ذلك ثمانية وأربعون سهما، ضعفي ما حصل للموصى لهم.

## [الوصية لرجل بالثلث، ولآخر بعبد]

[٩٢٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لرجل بثلث ماله، وبعبد له لآخر قيمته ألف درهم، وله ألفا درهم سوى ذلك: فإن صاحب الثلث يضرب بثلث للألفين

وسدس العبد، ويضرب صاحب العبد بخمسة أسداس العبد. وقالا: لصاحب الثلث سدس العبد وسدس الألفين.[١]

أما أبو حنيفة فمن أصله: أن صاحب [٢٥٦و] الثلث لا منازعة له في العبد أكثر من الثلث، فيسلم له ثلثا العبد لصاحب العبد، ويبقى ثلث العبد تنازعا فيه فيكون بينهما. وإذا كان العبد ستة، وقيمته ألف، فالألفين الباقية اثنا عشر سهما، فصار المال كله ثمانية عشر سهمًا، لصاحب العبد خمسة، ولصاحب الثلث من العبد سهم، ومن بقية المال أربعة، فذلك خمسة أسهم مثلي[٢] أن جملة الوصايا عشرة أسهم، وثلث المال ستة، فصار الثلث ثلاثة أخماس الوصايا، فادفع إلى كل واحد ثلاثة أخماس وصيته، وذلك ثلاثة أسهم لصاحب العبد خاصة، ولصاحب الثلث ثلاثة أخماس سدس العبد، وذلك مئة درهم وسهمان وخمسا سهم من الدراهم، وذلك أربعمئة.

وأما على قولهما: فالموصى له بالعبد يضرب بجميعه، وصاحب الثلث بثلثه وبثلث الألفين، فاجعل كل ألف ثلاثة لصاحب العبد ثلثه، ولصاحب الثلث ثلث العبد وهو سهم، وثلث وهو سهمان، فصار لكل واحد ثلاثة أسهم. وإذا كان الثلث ستة صار جميع المال ثمانية عشر، لصاحب العبد ثلاثة أسهم من العبد، وهو نصفه، وللموصى له بالثلث سهم من العبد وهو السدس، وسهمان من الدراهم.

## [الوصية بالثلث لرجل، وبالنصف لآخر]

[٩٣٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى بثلث ماله لرجل وبنصفه لآخر فلم يُجِز الورثة: فالثلث بينهما نصفان. وقالا: على خمسة.[٣]

---

١ انظر: الأصل، ٤٣٨/٥.

٢ وصورته في المخطوط: 

٣ انظر: الأصل، ٤٣٨/٥.

أما أبو حنيفة فقال: كل من أدلى بسبب صحيح يضرب بجميع دعواه، ومن لم يدل بسبب صحيح لم يضرب بجميعها، وصاحب النصف لا يدلي بسبب صحيح؛ ألا ترى أنه لا يستحق وصيته أبدا إلا بإجازة من جهة غير الموصي، فصار كالوصية بثلث مال الغير، وليس كذلك الموصى له بالثلث؛ لأن سببه على الانفراد يستحق به من غير إجازة، ولا حكم في جميع الأحوال، فصار كأصحاب العول والديون. ولا يلزم على هذا: صاحب المحاباة؛ [٢٥٦ظ] لأن الوارث لا حق له في عين التركة، فصارت الوصية في الثمن، وذلك في دراهم مرسلة ليست بمال للورثة، فلا يمنع حقهم صحة للوصية بها. ولا يلزم على ما ذكرناه: العبد الموصى به؛ لأنه ليس للورثة حق في عين العبد، وإنما حقهم من السعاية، فصارت الوصية كأنها وقعت بالمال المطلق. ولأن ما زاد على الثلث لا يثبت للموصى له من جهة الموصي بحال، كالوصية بثلث مال الغير.

وجه قولهما: أن المال متى تضايق عن الحقوق ضرب كل واحد من المستحقين بقدر حقه، أصله: أصحاب الدين. فعلى هذا الأصل إذا أوصى بنصف مال وثلثه وربعه، فلم يُجِز الورثة: فالثلث بينهم على أحد عشر سهما؛ لأنه تبطل الزيادة بما زاد على الثلث، فيضرب لصاحب النصف بالثلث أربعة، ولصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة. وعلى قولهما لصاحب النصف ستة، ولصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة، فالثلث بينهم على ثلاثة عشر.

## [الوصية بالنصف لرجل، و بالثلث لآخر، وبالجميع لآخر]

[٩٣١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه ولآخر بجميعه، فأجاز ذلك الوارث: فلصاحب الجميع خمسة وعشرون سهما من ستة وثلاثين من جميع المال، وذلك ثلثا المال وسدس سدسه، ولصاحب النصف سبعة أسهم، وذلك سدس المال وسدس سدسه، ولصاحب الثلث ثلثا سدس المال وهو

أربعة أسهم؛ وذلك لأنك تحتاج إلى مال له سدس ولسدسه نصف، وله ثلث، ولثلثه ثلث، فاضرب اثني عشر في ثلاثة، يكون ستة وثلاثين، فيسلم لصاحب الجميع نصف المال بلا منازعة، وذلك ثمانية عشر سهما وستة أسهم، ما بين النصف إلى الثلثين لا منازعة فيها، لصاحب الثلث فيكون بين صاحب الجميع وصاحب النصف، وبقي ثلث المال اثني عشر بينهم أثلاثا لتساويهم فيها.

وأما على قولهما: فصاحب الجميع يضرب بجميع المال ستة، وصاحب النصف بثلاثة، وصاحب [٢٥٧و] الثلث بسهمين، فذلك أحد عشر سهما.[١]

## [الوصية بأحد عبدين هما المال، ولآخر بثلث المال]

[٩٣٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا كان لرجل عبدان قيمتهما سواء لا مال له غيرهما، فأوصى لرجل بأحدهما بعينه ولآخر بثلث ماله، ولم يُجِز الورثة: فصاحب العبد موصى له بخمسة أسداسه، وذلك أكثر من الثلث، وهو لا يضرب لأصحاب الوصايا بأكثر من الثلث، فرده إلى أربعة، ولصاحب الثلث بسهم من رقبة العبد، وسهمان من رقبة العبد الآخر، فصار الثلث بينهما على سبعة، فيكون المال كله أحد وعشرين سهما، كل عبد عشرة ونصف، فيضعف ذلك فيكون اثنين وأربعين، كل عبد أحد وعشرون، الثلث من ذلك أربعة عشر: للموصى له بالعبد ثمانية من رقبة العبد، وذلك ثلث العبد وسُبع ثلثه، ولصاحب الثلث ستة أسهم سهمان في رقبة العبد الموصى به، وذلك سُبعا الثلث، وأربعة أسهم من رقبة العبد الآخر وهو أربعة أسباع ثلث العبد، فصار لهما أربعة عشر سهما، وبقي للورثة سبعة عشر سهما من رقبة العبد، وأحد عشر من العبد الموصى به، فذلك ثمانية وعشرون سهما مثلا الوصايا.

---

١ انظر: الأصل، ٤٣٩/٥.

وأما على قولهما: يضرب صاحب العبد بستة، ويضرب صاحب الثلث بثلث العبدين أربعة، فيكون الثلث بينهما على عشرة، وللورثة مثلاها، فجملة المال ثلاثون سهما، كل عبد خمسة عشر، للموصى له بالعبد ستة أسهم من رقبة العبد، وهو خُمسا العبد، وللموصى له بالثلث أربعة، سهمان من هذا العبد وهو ثلثا الخمس، وسهمان من هذا العبد الآخر، ويبقى للورثة عشرون سهمًا، سبعة من رقبة العبد الموصى به، وثلاثة عشر من العبد الآخر.[1]

[الوصية بعبد وبرقبته لآخر، وبثلث المال وبسدسه]

[٩٣٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لرجل بعبد وأوصى برقبته لآخر وأوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بسدسه، وقيمة العبد ألف، وله ألفان سوى ذلك: فالثلث يقسم بينهم على اثنين وسبعين سهما، يضرب فيه كل واحد من صاحبي العبد بأحد وثلاثين، [٢٥٧ظ] وصاحب الثلث سبعة وعشرين ونصف، وصاحب السدس بثلاثة عشر ونصف، فما أصاب صاحبي العبد كان بينهما نصفين في العبد، وما أصاب صاحب الثلث والسدس كان في المال وفيما بقي من العبد؛ لأن ثلثي العبد لا منازعة فيه لصاحب الثلث والسدس، فيسلم لصاحبي العبد، ويبقى سدس ما بين الثلثين إلى خمسة أسداس لا منازعة فيه لصاحب السدس، فيقسم بين صاحبي العبد وصاحب الثلث أثلاثا، والسدس الآخر بين صاحبي العبد وصاحب الثلث والسدس أرباعا، فاجعل العبد شيئا له سدس، ولسدسه ثلث وربع، فتضرب ستة في ثلاثة في أربعة فيكون اثنين وسبعين؛ سدسها اثنا عشر مقسومة بينهم أرباعا، لكل واحد ثلاثة، والسدس الآخر أثلاثا، لكل واحد من صاحبي العبد وصاحب الثلث أربعة، ويبقى ثلثا العبد بين صاحبي العبد، لكل واحد منهما نصفه أربعة وعشرون، فحصل لكل

---

[1] انظر: الأصل، ٤٣٩/٥، ٤٤٠.

واحد من صاحبي العبد أحد وثلاثون، ولصاحب الثلث سبعة، ولصاحب السدس ثلثه، فهذا وصية كل واحد في العبد، ولصاحب الثلث وصية في ثلث الألفين، كل ألف اثنان وسبعون، وثلث الألفين ثمانية وأربعون، وله من العبد سبعة، فذلك خمسة وخمسون، ولصاحب السدس سدس الألفين أربعة وعشرون وثلاثة أسهم من العبد، فذلك سبعة وعشرون، فقد بان أن الثلث يجب أن يقسم على مئة وأربعة وأربعين، اثنان وستون لصاحبي العبد من رقبة العبد، وخمسة وخمسون لصاحب الثلث سبعة من رقبة العبد وثمانية وأربعون من المال، ولصاحب السدس سبعة وعشرون، ثلاثة من العبد وأربعة وعشرون من المال، وللورثة مثلا ذلك، مائتان وثمانية وثمانون، فصار المال أربعمئة واثنين وثلاثين كل ألف مئة وأربعة وأربعون، لصاحب العبد اثنان وستون سهما من مئة وأربعة وأربعون من رقبته، وذلك سدسا العبد، وسبعة أجزاء من اثني عشر جزء من سدسه بينهما نصفين، ولصاحب الثلث خمسة وخمسون، [٢٥٨و] سبعة أسهم من رقبة العبد، وذلك ثلاثة أجزاء ونصف من اثني عشر من سدسه، ومن المال ثمانية وأربعون، وللموصى له بالسدس سبعة وعشرون، أربعة وعشرون من المال، وذلك سدس الألف، وثلاثة أسهم من العبد، وهو جزء ونصف من اثني عشر جزء من سدس العبد.

وأما على قولهما: فيضرب لكل واحد من صاحبي العبد بعبد كامل، وذلك ستة أسهم لمكان السدس، فصارت وصيتهما اثني عشر سهما، ويضرب للموصى بالثلث بثلث جميع المال ستة، ولصاحب السدس بثلثه، فذلك أحد وعشرون سهما وللورثة مثلا ذلك، فيأخذ الموصى لهما بالعبد اثني عشر سهما، لكل واحد ستة من أحد وعشرين من رقبة العبد، وذلك شبعا العبد، ولصاحب الثلث ستة أسهم، سهمان من رقبة العبد وهو ثلثا سُبع العبد، ومن المال أربعة وهو سُبع الألف، وللآخر ثلاثة أسهم من رقبة العبد وهو ثلث سبع العبد، وسهمان من المال وهو ثلثا سبع الألف، فجميع

ما حصل لهم من الرقبة خمسة عشر سهما، فذلك خمسة أسباع العبد، ويبقى للورثة سُبعا العبد ستة أسهم تضم إلى ما بقي من المال، وهو ألف وخمسة أسباع ألف، وذلك ألفان مثلا ما حصل لأصحاب الوصايا.[١]

[الوصية بعبد، وبنصفه لآخر، وبثلث المال]

[٩٣٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لرجل بعبد، ولآخر بنصفه، ولآخر بثلث ماله، والعبد يساوي ألفا، والمال ألفان، ولم يُجز الورثة: فالثلث بينهم ثلاثين سهما، يضرب فيها صاحب العبد باثني عشر ونصف، وصاحب نصف العبد بثلاثة ونصف، وصاحب الثلث بأربعة عشر، فما أصاب صاحبي العبد كان في العبد، وما أصاب صاحب الثلث فهو فيما بقي من العبد والمال.

والوجه في ذلك: أن ثلث العبد قد تساووا فيه؛ لأنه موصى به لكل واحد منهم، فيقسم أثلاثا، وما بين الثلثين إلى النصف تساوى فيه صاحب نصف العبد وصاحب الجميع، فيقسم بينهما، ويبقى نصف العبد ينفرد به صاحب الجميع، [٢٥٨ظ] فاحتجنا إلى مال له نصف وثلث وسدس، ولثلثه ثلث، ولسدسه نصف، وأقل ذلك ستة وثلاثين، لصاحب الجميع ثمانية عشر بلا منازعة، وله نصف السدس ثلثه، وثلث الثلث أربعة، فذلك خمسة وعشرون، ولصاحب النصف تسع العبد أربعة، ونصف السدس ثلاثة، فذلك سبعة، ولصاحب الثلث تسع العبد وهو أربعة، وله ثلث بقية المال، وقد جعلنا العبد ستة وثلاثين، فبقية المال الألفين اثنان وسبعون، فيضرب بثلثها أربعة وعشرين، فصار له ثمانية وعشرون أربعة من العبد وما بقي من المال، فصار جملة سهام الوصايا ستين سهما، وللورثة مثلاها، والمال مئة وثمانون العبد ستون، وكل ألف للموصى له بالعبد خمسة وعشرون من رقبة العبد، وللموصى له بنصفه سبعة، وللموصى له بالثلث

---

١ انظر: الأصل، ٥/٤٤٠.

أربعة، ويبقى من العبد أربعة وعشرون سهما من ستين؛ يضم إلى ما بقي من المال، وهو مئة وعشرون، يأخذ منه صاحب ثلث المال أربعة وعشرون، ويبقى للورثة من المال والعبد مئة وعشرون، وهو مثلا الوصايا.

وقد قال محمد في الأصل: ولصاحب الثلث أربعة عشر، سدسها في العبد؛ وهو غلط، وينبغي أن يكون سبعها في العبد؛ لأن الذي أصابه ثمانية وعشرون أربعة في العبد وهي السبع وما بقي في المال.

وأما على قولهما: فصاحب العبد يضرب بستة، وصاحب الثلث يضرب بمثلها، وصاحب النصف بثلاثة، فإذا كان الثلث خمسة عشر فالمال خمسة وأربعون، العبد منها خمسة عشر، يأخذ صاحب العبد من رقبته ستة، وصاحب النصف ثلاثة، وصاحب الثلث سهمين في العبد وأربعة من المال، ويبقى للورثة ستة وعشرون سهما من المال، وأربعة من العبد، فذلك ثلاثون مثلا ما جازت فيه الوصية.[1]

## [الوصية بعبد أقل من الثلث، ولآخر بعبد يزيد على الثلث]

[٩٣٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لرجل بعبد، ولآخر بعبد آخر، وقيمة أحد العبدين أقل من الثلث، وقيمة الآخر أكثر من الثلث: فإنه يضرب لصاحب الأول بقيمة عبده، ولصاحب [٢٥٩و] الأكثر بقدر الثلث، فإذا قدرنا أن قيمة الأرفع ألف وخمسمئة، وقيمة الأوكس خمسمئة وقد ترك ألفا، فالثلث ألف، وصية صاحب الأوكس خمسمئة، ووصية صاحب الأرفع ألف وخمسمئة، فلا يضرب صاحب الأرفع بأكثر من ألف، ويضرب الآخر بخمسمئة، فيكون الثلث بينهما على ثلاثة، والمال كله تسعة، ولصاحب الأوكس سهمين ونصفا، فأضعف المال ليزول الكسر، فيكون ثمانية عشر، قيمة الأرفع تسعة، وقيمة الأوكس ثلاثة، والثلث ستة، لصاحب الأرفع أربعة،

---

١ انظر: الأصل، ٥/٤٤٠.

وهو أربعة أتساع العبد، وللآخر سهمان وهو ثلثا رقبة الآخر، ويبقى من هذا العبد سهم ومن الآخر خمسة يضمها إلى بقية المال، يكون اثني عشر، وذلك مثلا الوصيتين.

وأما على قولهما: فيضرب كل واحد منهما بجميع وصية صاحب الأرفع بثلاثة، وصاحب الأوكس بسهم، فالثلث بينهما على أربعة، فالمال كله اثنا عشر، والعبد الأوكس سهمان، والثلث أربعة، للموصى له بالأرفع ثلاثة، وذلك نصف عبده، ولصاحب الأوكس سهم، وهو نصف عبده.[١]

## [الوصية بالحج]

[٩٣٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا خرج الرجل من بلده يريد الحج فمات في بعض الطريق وأوصى أن يحج عنه حج من بلده. وقالا: من حيث بلغ.[٢] وكذلك الخلاف في الحاج عن الميت إذا مات في بعض الطريق، فأرادوا أن يحجوا عنه آخر، وقد مضت المسألة.

وذكر بعد هذا في الحاج إذا سرقت نفقته أنه يحج عنه من ثلث ما بقي في قياس قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: من ثلث جميع المال. وقال محمد: سقطت الوصية. وقد مضت المسألة.[٣]

## [الوصية بالعتق]

[٩٣٧.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: إذا أوصى أن يعتق عنه عبدا فلم يبلغ الثلث ذلك: لم يعتق عنه. وقالا: يعتق بمقدار الثلث.[٤]

---

١ انظر: الأصل، ٤٤١/٥.

٢ انظر: الأصل، ٤٤٢/٥.

٣ انظر: الأصل، ٤٤٣/٥.

٤ انظر: الأصل، ٤٦٤/٥.

لأبي حنيفة: أن جعله العتق عن الغير يختص بالأمر؛ ولهذا لو أعتق عن الميت بغير أمره لم يصح، وإذا اختص بالأمر وجب اعتبار صفة الأمر، [٢٥٩ظ] كمن وكَّل رجلا يشتري له عبدا بألف. وليس كذلك إذا قال: "حجوا عني بألف" والثلث لا يفي بها؛ لأن جواز الحج لا يختص بالأمر؛ ألا ترى أن من حج عن أبيه بغير أمره جاز، فلذلك لم تعتبر صفة الأمر. ولأن الحج في القياس كالعتق، وإنما استحسنوا لأن ما يوصى به في الحج لا يستغرقه؛ ألا ترى أنه لا بد أن يبقى شيء من آلة الطريق يرد إلى الورثة، فكأنه قال: "حجوا عني بألف" أو "بما بلغ". ولأن الوصية بالعتق فيها منفعة لشخص، فإذا جعلها لشخص بصفة وهو من قيمته ألف صار كالوصية لشخص: أنها لا تصرف إلى غيره. وأما الوصية بالحج فإن اعتبرنا منفعة الحاج فالمنفعة تنصرف إليه في الوجهين جميعا، قلَّت النفقة أو كثرت، والموصى له يجوز أن يصرف إليه بعض ما أوصي له به.

وجه قولهما: أن الوصية قد صحت بالقربة، وإنما غلط في التقدير؛ لأنه ظن أن ماله يبلغ ذلك، فلم يجز إبطال الوصية بالحج.

## [الوصية للقاتل]

[٩٣٨.] مسألة قال أبو يوسف: إذا أوصى لقاتله، وأجازت الورثة: لم يجز. وقال محمد: يجوز.[١]

لأبي يوسف: أن منع الوصية للقاتل لحق الله تعالى عقوبة على ما فعله من القتل، فصار كالحد. ولأنه حُرِم من الوصية لأجل القتل، كما حرم من الميراث، فإذا لم تعمل الإجازة في أحدهما كذلك في الآخر. لمحمد: أن المنع من الوصية لحق الوارث؛

١ انظر: الأصل، ٥/٤٥٠؛ نوادر المعلى، ٩٨و.

لأن المال يكثر متى بطلت، فوقفت على إجازتهم، كالوصية بجميع المال والوصية للوارث. وقد روي عن أبي حنيفة مثل قول محمد.

[أعتق عبدًا في مرضه، فقتله عمدًا]

[٩٣٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أعتق عبدا صغيرا في مرضه، ولا مال له غيره، فقتل الصبي مولاه عمدا: فعليه أن يسعى في قيمتين، يدفع من ذلك الثلث وصية له، وإن كان كبيرا سعى في قيمتين، ولا وصية له. وقال أبو يوسف ومحمد: على الصغير ثلثا القيمة، والدية على العاقلة عمدا كان أو خطأ. وأما الكبير فإن كان خطأ فعليه القيمة، وعلى العاقلة الدية، وإن كان [٢٦٠و] عمدا فالقصاص في قول الجميع.

والكلام في هذا يقع في فصول:

أولها: في وجوب السعاية في القيمة؛ لأنه لا يعتق عنده حتى يؤدي السعاية، فصار جنايته كجناية المكاتب، فيضمن بها القيمة.

وأما العتق: فهو وصية، ووصية المريض لا تجوز في أكثر من الثلث. وما له قيمتان: قيمة بالجناية وقيمة الرقبة، فسلم له ثلث جميع ذلك، وهو ثلثا قيمته فيسقط عنه. وكان أبو بكر الرازي يقول: «إن الوصية بالعتق دون القيمة»؛ لأن التصرف وقع بالعتق، فلو كانت الوصية بالقيمة تحاص أصحاب الوصايا المعتق، وهذا لا يصح، وإنما سلمت الوصية له وإن كان قاتلا؛ لأن الصبي لا يعاقب بحرمان الميراث، كما لا يعاقب بسائر العقوبات.

وأما البالغ فإن قتل عمدا اقتص منه؛ لأن القصاص يثبت بين العبد والمولى، فكذلك المستسعى، وللورثة أن يستسعونه أولا ثم يقتلونه؛ لأن هذا دين فلا يمنع وجوب القصاص من استيفائه.

وإن كانت الجناية خطأ فعليه قيمتان: إحداهما للجناية، والأخرى للعتق، إلا أنه لا يحط وصيته، لأن القاتل الكبير لا وصية له.

وأما على قولهما: فقد صار حرا بالعتق. وإن كان صغيرا نظر الورثة إلى[1] الدية وإلى القيمة. وإن كانت القيمة ألفا خرج العبد من الثلث؛ لأن التركة أحد عشر ألفا، ولا شيء له غير ذلك؛ لأنه لم يوص له بأكثر من رقبته.

## [الوصية في الخدم]

[٩٤٠.] مسألة قال: في قياس قول أبي حنيفة: إذا كان لرجل ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، أوصى بهم لرجل، وبخدمة أحدهم لآخر: لم يضرب صاحب الرقاب بأكثر من واحد منهم؛ لأنه لم يزاحم صاحب الخدمة في العبد الموصى له بخدمته ما لم يستوف صاحب الخدمة خدمته. ولهذا لو أوصى برقبة عبده لرجل، وبخدمته لآخر لم يضرب صاحب الرقبة بشيء حتى يموت صاحب الخدمة فيضرب بوصيته حينئذ. وإذا كان كذلك ضرب للموصى له بالعبد بعبد، وللموصى له بالخدمة بعبد؛ وذلك [٢٦٠ظ] مثلا الثلث، وترجع وصاياهم إلى النصف، فيستحق صاحب الخدمة خدمة نصف العبد، ويستحق صاحب الرقاب نصف رقبة، فذلك رقبة كاملة. وللورثة عبد ونصف، ونصف العبد الموصى بخدمته، وذلك مثلا الوصيتين. فإن مات صاحب الخدمة صارت الوصية كأن لم تكن، فجازت الوصية لصاحب العبد بثلث كل واحد منهم.

وليس هذا كمن أوصى بعبد لرجل وبالثلث لآخر؛ لأن صاحب الجميع يزاحم صاحب العبد المفرد، وصاحب الجميع لا يزاحم صاحب الخدمة في العبد الموصى بخدمته، فلذلك لم يستحق من رقبته شيء.

---

١ في المخطوط: إلى الورثة، ولعل الصواب ما أثبت.

وأما على قولهما: فإن صاحب الرقاب يضرب بسهمين؛ لأنه لا يحتسب بالموصى بخدمته، ويضرب الموصى بالخدمة بسهم، والورثة بمثلي ذلك، فصار كل عبد ثلثه للموصى له بالخدمة، سهم من عبده يستخدمه يوما وللورثة يومان، وللموصى له بالرقبة ثلث كل عبد.[١]

## فصل

[٩٤١.] لو أوصى بثلث كل عبد منهم لرجل، وأوصى بخدمة أحدهم بعينه لآخر: فالثلث بينهما على خمسة، لصاحب الخدمة ثلاثة أخماس الثلث في خدمة العبد الموصى بخدمته، وللآخر خمسا الثلث من العبدين، خمس كل واحد منهما؛ لأن الوصية مقدار الثلث لكل واحد منهم، فضرب أبو حنيفة: بجميع الوصية، واستوى القولان. وليس كذلك التي قبلها؛ لأن صاحب الرقاب موصى له بالعبدين، وذلك أكثر من الثلث. وليس هذا كالوصية بثلث كل واحد منهم لرجل وبعبد بعينه لآخر؛ لأن الوصية في العبد تقع المزاحمة فيها، والوصية بالخدمة لا يزاحمها صاحب الرقبة.[٢]

## فصل

[٩٤٢.] ولو أوصى لأحدهما بثلث ماله، ولآخر بخدمة أحدهم، ولم يُجِز الورثة الوصية: قسم الثلث بينهما نصفان، فما أصاب صاحب الخدمة فهو في العبد الموصى بخدمته، وما أصاب صاحب الثلث كان له فيما بقي منهم، والذي [٢٦١و] يصيبه نصف العبد يكون له في كل ثلث ذلك النصف. هكذا ذكره في الأصل من غير خلاف، والصحيح أن يكون قولهما.[٣]

---

١ انظر: الأصل، ٥/٤٥٣، ٤٥٤.

٢ انظر: الأصل، ٥/٤٥٤.

٣ انظر: الأصل، ٥/٤٥٤، ٤٥٥.

ثم قال: وإن شئت قلت: له في العبدين في كل واحد منهما خمسة، وله في نصف العبد خُمس ذلك النصف، وهو قياس قول أبي يوسف ومحمد. وهذا غلط؛ والصحيح أنه قول أبي حنيفة؛ وذلك لأن صاحب الثلث له ثلث كل عبد؛ لأن الخدمة في حكم المال، فيكون موصى له بثلث الرقبة الموصى بالخدمة، وبثلث كل واحد من الباقيين.

فقال أبو حنيفة: صاحب الخدمة له ثلثا الموصى بالخدمة لخدمته، فلا منازعة، وبقي ثلثه قد تنازعا فيه، فيكون بينهما في التقدير، فصار دعوى صاحب الرقاب في سدس هذا العبد، وثلث كل واحد من الآخرين، فصارت كل رقبة ستة للموصى له بالثلث أربعة من العبدين، وذلك ثلثاهما، وسهم من الموصى بخدمته، وللموصى له بالخدمة خمسة أسداس العبد، فصار الثلث عشرة، وللورثة مثلاها، فجميع المال ثلاثون، لصاحب الخدمة خمسة وهو نصف وصيته، فيستخدم العبد خمسة أيام، والورثة أربعة، وصاحب الثلث يوم، ويكون لصاحب الثلث أربعة، خمس العبدين الباقيين، فصار للموصى لهما عبد كامل، وللورثة عبدان. وهذا على قياس الوصية بالثلث لرجل وبالعبد لآخر.

وليست هذه كالوصية بالعبد لرجل وبخدمة أحدهم لآخر؛ لأن اسم العبيد لا يتناول الخدمة، والموصى له بهم لا يستحق الخدمة بالوصية، وإنما يستحقها بملك الرقبة، فسلمت لصاحب الخدمة، فلذلك لا يضرب فيها لصاحب الرقبة بشيء. وفي مسألتنا أوصى بثلث المال وذلك يتناول الرقبة والمنفعة فلذلك تزاحما في الخدمة.

وأما على قولهما: فيضرب صاحب الخدمة برقبة العبد الموصى بخدمته ثلاثة أسهم، والموصى له بالثلث بثلث كل واحد [٢٦١ظ] منهم ثلاثة أسهم، فالثلث بينهما نصفان، كما قال أبو حنيفة؛ إلا أن الحكم يختلف، فعندهما: يكون لصاحب الخدمة نصف عبد، ولصاحب الثلث سدس كل عبد، فيخدم الموصى له بالخدمة ثلاثة أيام،

وللورثة يومين، ولصاحب الثلث يوما، ولصاحب الثلث أيضا سدس كل واحد من العبدين، فذلك نصف رقبة.

## [الوصية بالغلة والخدم]

[٩٤٣.] مسألة قال في الأصل: قياس قول أبي حنيفة إذا أوصى من غلة عبده لرجل كل شهر بدرهم، وأوصى بالثلث، ولا مال له غير العبد: أن ثلثه يقسم بينهما نصفان، فما أصاب صاحب الثلث فهو له، وما أصاب صاحب الغلة فإنه يستغل، ثم يحسبه وينفق عليه كل شهر درهم. وهذا قولهم جميعا.[١]

وقد ذكر محمد في الجامع نظير ذلك من غير خلاف؛[٢] لأن الموصى له بالنفقة موصى له بالثلث؛ ألا ترى أن الثلث يجوز أن يستوفى في كل شهر بدرهم، لجواز أن يهلك بعض المال، فلا يبقى إلا قدر ما ينفق؛ ولهذا قالوا: لو أوصى أن ينفق على رجل خمسة دراهم كل شهر وقف عليه جميع الثلث وإن كان مالا عظيما، فعلى هذا يصير كأنه أوصى لكل واحد بالثلث، فيوقف نصفه على صاحب النفقة، ويدفع نصفه إلى صاحب الثلث. وقال أبو يوسف في غير الأصول: يوقف عليه مقدار ما يعلم أنه يعيش فيه.

## [الوصية بالوقف]

[٩٤٤.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أوصى بظهر دابته في سبيل الله أو الفقراء فالوصية باطلة. وقال محمد: جائزة.[٣]

وجه قولهما: أن هذا عقد على المنفعة فلا يجوز لغير معين، كالعارية والإجارة.

---

١ انظر: الأصل، ٤٥٥/٥.

٢ انظر: الجامع الكبير، ٢٩١.

٣ انظر: الأصل، ٤٥٦/٥.

وليس كذلك الوقف؛ لأن العقد على الرقبة، والحق موجب في المنافع، والعقد على الأعيان يجوز لغير معين إذا كان لحق الله تعالى. ولأن الوصية بالركوب لو صحت للزمهم النفقة لأجل الركوب، فتصير كالعوض، وذلك يُبطِل معنى القربة، [٢٦٢و] فلا يصح مع الجهالة.

وجه قول محمد قوله عليه السلام: «أما خالد فقد حبس أدرعا له وأفراسا في سبيل الله».[١] وروي أن عمر بن الخطاب جعل دابة له في سبيل الله.[٢] ولأن ذلك عادة الناس في سائر الأعصار.

[الوصي في بعض المال وصي في جميعه؟]

[٩٤٥.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: الوصي في بعض المال وصي في جميعه. وقال محمد: وصي فيما أوصي إليه. وذكر ابن شجاع عن زفر مثل قول أبي حنيفة، وعن أبي يوسف مثل قول محمد.[٣]

وجه قولهما: أن للوصي التصرف من طريق الولاية؛ ألا ترى أنه يتصرف مع انقطاع الأمر بالموت، ولو كان بالأمر لم يصح ذلك كالوكالة. ولا يقال: إن الوكالة تبطل بالموت؛ لأنها موجبة في حال الحياة، والوصية موجبة بعد الموت فلذلك لم تبطل؛ لأن الوكالة تبطل لجنون الموكل لبطلان أمره، وإن كانت الوكالة موجبة في حال الحياة فدل على أن المانع من بقائها بعد الموت بطلان الأمر دون ما ذكروه. ولأن الموكل لو قال: "وكلتك بعد حياتي" لم يصح، فعُلِم أن ما لا يجوز أن يبقى الأمر فيه لا يجوز أن يبتدئ. ولا يقال: إن الوصي يتصرف بالأمر؛ لأن هذه مستفادة

---

١ مصنف عبد الرزاق، ١٨/٤ (٦٨٢٦)؛ صحيح ابن خزيمة، ١٤٤/٢ (٢٢٩٤).

٢ مصنف ابن أبي شيبة، ٥٣٤/٦ (١٠٦٠٤).

٣ انظر: الأصل، ٤٩٦/٥؛ نوادر المعلى، ٨٦ظ، ٨٧و؛ شرح مختصر الطحاوي، ١٩٠/٤، ١٩١.

بالأمر كولاية الإمام والحاكم. ولا يقال: إن تصرف الإمام ليس بولاية؛ لأنه لو كان كذلك لجاز لمن عقد له أن يعزله. وإذا ثبت أن تصرفه من طريق الولاية لم يختص بمال دون مال كالأب. ولأنه قام مقام الموصي، وإذا كان الموصي يعم تصرفه كذلك الوصية. ولأنه قائم مقام الأب كالجد. ولأنه يتصرف في مال الصغير مع زوال ولاية الأب كالجد والحاكم.

وجه قول محمد: أن الوصي جعل له التصرف في نوع من المال دون نوع فلم يجز تجاوز ما جعل إليه كالوكيل.

## [ابتياع الوصي مال اليتيم لنفسه]

[٩٤٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا باع [٢٦٢ظ] الوصي مال اليتيم لنفسه بزيادة لا يتغابن في مثلها: جاز، وهو قول أبي يوسف الثاني. وقال محمد: لا يجوز. وقد بيَّنَّا هذه المسألة. وذكر بعد هذا الوصي إذا باع جميع التركة، وهناك دين مستغرق أو وارث صغير أو وصية بالثلث، وقد مضت.[١]

## [الوصية إذا لم يقبل الموصى له حتى زادت]

[٩٤٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى بجارية فلم يقبلها الموصى له بعد الموت حتى ولدت أو كسبت، ثم قبل الوصية: فإنه يستحق الجارية من الثلث، فإن فضل من الثلث شيء كان له من الولد. وقالا: يكون له الثلث من الجارية والولد.[٢]

أما دخول الولد في الوصية؛ فلأن الجارية قد خرجت من ملك الموصي بالموت، ووقفت على حق الموصى له، فصار كالجارية المشروطة فيها الخيار للمشتري. وأما الكسب فيدخل؛ لأن القبول يستند الملك فيه إلى حال الموت، كالبيع المشروط فيه

---

١ انظر: الأصل، ٥/٥٠٢؛ مختصر اختلاف العلماء، ٥/٨١؛ التجريد، ٨/٤٠٥٥؛ الأجناس، ٢/٣٠.

٢ انظر: الأصل، ٥/٥١٨.

الخيار، فيستحق الكسب، وليس كذلك كسب المهر؛ لأنه حصل والجارية على ملك المرأة، والزوج يملك بعضها بالطلاق وبسبب حادث، فلا يستحق الكسب السابق.

وإنما قال أبو حنيفة: إن الجارية يبدأ بها؛ لأن الموصي ما قصد النماء بالوصية، وإنما قصد الأصل، فدل أن ذلك تبع، فوجب أن يبدأ بالأصل قبل التبع. ولأنا لو أشركنا بينهما في الوصية بطلت الوصية في بعض الأصل لأجل التبع، وهذا لا يصح. ولأن كل عقد أوجب دخول الولد على وجه التبع لم يساو أمه في الحكم الذي وجب في الأم كولد المرهونة. ولأن الواجب البداية بما بدأ به الميت ما أمكن، فلأن يُبدَأ بما عيّنه على ما لم يذكره أولى.

وجه قولهما: أن الوصية تسري إلى الولد فتتعلق به وبالأم على وجه واحد، فكأنه أوصى بهما. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الوصية تثبت في الولد على طريق [٢٦٣و] السراية، ولا بد من إثباتها في الأصل حتى يصح إثباتها في الولد.

وإذا ثبت هذا قلنا: إن كان قيمة الجارية ألفا، وله ألفان سواها: فالوصية صحيحة في الجارية، فلما ولدت ولدا قيمته ألفا صارت حادثا على ملك الميت؛ لأن التركة على حكم ملكه ما لم تقع القسمة، فكانت التركة أربعة آلاف، الثلث منها ألف وثلث ألف، فيستحق الجارية بكمالها وما فضل من الثلث من الولد. وعلى قولهما: يستحق منهما، فيكون له ثلثا كل واحد منهما.

## [شهادة الوصي لبعض الورثة على الميت]

[٩٤٨.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا شهد الوصي لبعض الورثة على الميت بدين: لم يجز، صغيرا كان أو كبيرا. وقالا: إن كان كبيرا جاز.

وهذا فرع على أصله أن الوصي له ولاية على الوارث الكبير؛ بدلالة أنه يبيع جميع التركة إذا كان هناك دينا يسيرا ووصيته بالثلث، وإذا كان له عليه ولاية صار

كالصغير. ولأن الوصي خصم في مال الميت فصارت شهادته كالإقرار. وهما يقولان: إن الوارث الكبير لا يملك الوصي التصرف في حقه، فصار كالأجنبي.[١]

## [الوصية بسهم]

[٩٤٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى بسهم من ماله: فإنه يزاد على سهام الورثة أخص أنصبائهم، فيعطى الموصى له ما لم يجاوز السدس، فإن جاوزه لم يزد عليه. هذا رواية الأصل.[٢] وفي الجامع الصغير: ما لم ينقص من السدس.[٣] وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يصحح سهام الورثة، ويزاد عليها سهم، ويعطى ذلك السهم، فإن كان أخس الأنصباء أكثر من سهم مثل أن تكون الفريضة من أربعة وعشرين، فأخس الأنصباء فيه الثمن ثلاثة، فيزاد على أربعة وعشرين واحد، ويعطى جزء من خمسة وعشرين. وقالا: يعطى أخس سهام الورثة، إلا أن [٢٦٣ظ] يزيد على الثلث.

وجه قول أبي حنيفة: ما روي عن ابن مسعود أن رجلا أوصى بسهم من ماله فأعطاه رسول الله صلى الله عليه السدس، وعن ابن مسعود مثله. وعن إياس بن معاوية أن السهم في كلام العرب السدس.[٤] وأما على قولهما: "السهم" و"الجزء" و"النصيب" عبارة عن قدر مجهول لا يختص بشيء دون شيء.

وإذا ثبت هذا قال أبو حنيفة: يعطى أخسّ السهام؛ لأن السهم يعبَّر به عن السدس، وعن سهام الورثة، والموصى له شريك الوارث، فاحتمل أن يكون الموصي أراد كل واحد منهما، فيحمل على اليقين، ولا يزاد على السدس؛ لأنه أقصى ما يعبّر بالسهم عنه.

---

١ انظر: الأصل، ٥/٥٣٠.

٢ انظر: الأصل، ٥/٥٣٥؛ مختصر اختلاف العلماء، ٥/٢٥، ٢٦؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤/١٦٣.

٣ انظر: الجامع الصغير، ٥٢١، ٥٢٢.

٤ مصنف ابن أبي شيبة، ١٦/١٥٩ (٣١٤٤٧).

وقال في الرواية الأخرى: إن النبي عليه السلام لما أعطى الموصى له السدس دلَّ على أن ذلك أقل ما يعبّر به عنه، فلم يجز أن ينقص منه، وجاز أن يزاد عليه، وإذا كان أخس سهام الورثة أكثر منه؛ لأن الموصى له شريك الورثة فوجب اعتبار السهم من المتيقن من سهامهم، وهو الأقل. وقالا: يعطى أخس سهام الورثة؛ لأنه ليس هناك ما يسمى سهما[1] غيرها.

## [وصية الذمي لبيعة أو كنيسة]

[٩٥٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى الذمي لبيعة أو كنيسة جاز. وقالا: لا يجوز. فاعتبر أبو حنيفة: ما كان قربة عندنا وعندهم. واعتبرا: ما كان قربة عندنا.[2]

وجه قول أبي حنيفة: أنه أوصى بما يعتقده قربة فصار كالصدقة. ولأنه يُخلّون فيما يعتقدونه بأحكامهم ما لم يضر بالمسلمين، كبيع الخمر. وليس كذلك إذا أوصى بمعصية عنده؛ لأنه لم يقصد إيجاب القربة بفعله، فصار كالهازل. ولا يلزم: إذا بنى داره بيعة؛ لأن الوقف عند أبي حنيفة لا يزول الملك فيه بمجرد القول في حال الحياة.

وجه قولهما: أنها وصية بمعصية كسائر المعاصي. [٢٦٤و] ولأن كل وصية لا قربة فيها ولا وقعت لمعيَّن لا تصح، كالوصية للأغنياء.

## [الوصية لأهل فلان]

[٩٥١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قال: "ثلث مالي لأهل فلان" فهو لزوجته. وقالا: لمن يلزمه نفقته. وقال في الزيادات: القياس أن الوصية للزوجة، ولكنَّا نستحسن أن نجعلها لمن يعول ممن يجمعه منزله من الأحرار.[3]

---

١ وفي المخطوط: سهم، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ انظر: الأصل، ٥/٥٤٠، ٥٤١؛ الجامع الصغير، ٥٢٧، ٥٢٨.

٣ منتخب الزيادات، ٤٦و.

لأبي حنيفة: أن "أهل الرجل" يعبَّر به في اللغة عن زوجته؛ ولهذا يقال: "تأهَّل" إذا تزوَّج، فحملُ الاسم على حقيقته أولى؛ لأنه متيقن دخولها. ولأن من يخدم الرجل لا يقال: إنه من أهله، وإن جمعهم نفقته ومنزله. وجه قولهما: أن أهل الرجل حشمه وأتباعه وعياله، فوجب حمل الاسم عليهم.

## [الوصية للجيران]

[٩٥٢.] مسألة قال محمد في الإملاء: إذا أوصى لجيرانه فالوصية للملاصقين، قربت الأبواب أو بعدت عند أبي حنيفة. وقالا: لمن يجمعهم مسجد في الجماعة والدعوة. ذكر ابن شجاع عن أبي يوسف: اعتبار أهل المحلة الذين يصلون في مسجد واحد. قال: وهذا قول أبي حنيفة. وروى بشر عن أبي يوسف: أن الجيران الذين تجمعهم محلة واحدة وإن تفرقوا في مسجدين متقاربين، فإن تباعد أو كان واحدا عظيما جامعا فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين.[١]

وإن كان في المصر قبائل فالجيران الأفخاذ دون القبائل. وقال في الزيادات عن أبي حنيفة: القياس أن يكون الملاصقين، وينبغي أن يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن دارا يجب لصاحبها الشفعة، ومن ملك فلم يسكن فلا شيء له. وقال محمد: أما أنا فأستحسن أن أجعل الوصية لجيرانه الملاصقين من السكان، وممن يجمعهم مسجد تلك المحلة.[٢]

لأبي حنيفة: أن حقيقة الجار الملاصق، ومَن بعُد لا يسمَّى جارا، فالواجب حمل الاسم على حقيقته. ولأن الحكم [٢٦٤ظ] الذي ثبت في الشرع للجار يختص

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٥/٥٠، ٥١.

٢ منتخب الزيادات، ٤٦و.

بالملاصق، أصله الشفعة. وقد قال هلال الرأي: «إن الجار من أسمعه المنادي. قال: لأنه روي عن علي أنه قال: "لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد" فقيل له: ومن جار المسجد؟ قال: "من أسمعه المنادي"».[1] وهذا ليس بشيء؛ لأنه لو جاز اعتبار الجوار في الوصية بهذا لجاز في الشفعة.

وجه قولهما: أن من يضمه مسجد يجتمعون في الصلوات الخمس ويتقاربون فيسمي كل واحد منهما صاحبه جارا؛ للقرب بينهما، فوجب حمل الاسم عليه. وقد روي أن النبي عليه السلام قال: «إذا اجتمع الداعيان فأَجِبْ أقربهما بابا؛ فإن أقربهما بابا أقربهما جوارا».[2]

وقد قال أبو حنيفة: إن الوصية للأحرار والمماليك. وقال محمد في الزيادات: ليس للمماليك والمدبرين وأمهات الأولاد شيء، فأما المكاتبون فيستحقون.[3]

وجه قول أبي حنيفة: أن المملوك لو عينه بالوصية صحَّ، فصار كالحر. ولأن المقصود صلة الجار الذي قد وصَّى الله تعالى بحسن عشرته، وهذا موجود في المملوك.

وجه قول محمد: أن المملوك لا يسكن بنفسه وإنما يتبع المالك، فصار كالبهائم.

## [الوصية للبائس والفقير والمسكين]

[٩٥٣.] مسألة قال ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلث ماله للبائس والفقير والمسكين قسم على ثلاثة أجزاء: للبائس سهم، وهو الضرير الزَّمِن المحتاج، والفقير المحتاج الذي لا يطوف بالأبواب، والمسكين الذي يسأل

---

١ أحكام الوقف لهلال، ١٩٩.

٢ مسند أحمد، ٤٥٢/٣٨ (٢٣٤٦٦)؛ سنن أبي داود، ٣٤٤/٣ (٣٧٥٦).

٣ لم أقف عليه في منتخب الزيادات.

ويطوف. أما الفقير والمسكين فهما مختلفان. وقال أبو يوسف: يقسم الثلث على جزئين، للفقير والمسكين واحد، وللبائس واحد. وقد روي عن أبي حنيفة: أن الفقير من له شيء، والمسكين من لا يملك شيئا، وروي عنه بخلافه.[1]

والدليل على أن الفقير من يملك قوله تعالى: [٢٦٥و] ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ أَنتُمُ ٱلۡفُقَرَآءُ إِلَى ٱللَّهِۖ﴾ [فاطر، ١٥/٣٥]. ولأن الفقير يسمى فقيرا لافتقاره إلى غيره، والمسكين من سكنت نفسه إلى الجوع، وهذا أبلغ، فإذا اختلف معناهما أفرد كل واحد منهما بسهم. ولا يلزم على هذا: آية الصدقات، لأن الجنس لا يمكن استغراقه، فرُدَّ إلى الواحد.

لأبي يوسف: أن المعنى في الفقير والمسكين الحاجة فصار كالصنف الواحد.

[الخروج من وصية قبلها في وجهه]

[٩٥٤.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا قَبِل الوصية في غير وجهه لم يخرج منها إلا بردها في وجهه، أو يخرجه الحاكم بعد موته. وقال زفر: يخرج منها، وإن لم يردها في وجهه. وإن قبلها في وجهه لم يخرج في قولهم إلا بردها في وجهه، أو يخرجه الحاكم.[2] أما إذا قبلها بحضرته فقد تعلق بالعقد حق لكل واحد منهما، فلم يكن له أن يعزل نفسه بغير علمه كالوكيل. وأما إذا قبل بغير حضرته فلأن قبول الوصية بحضوره كقبولها بغير حضوره في تمام العقد، فجريا مجرى واحد.

وجه قول زفر: أنه إذا لم يكن بمحضر منه فلم يلتزم له العقد، فلا يكون بخروجه غارًا؛ ألا ترى أنه لم يعلم بقبوله فلا يعتمد عليه في التصرف.

---

١ انظر: نوادر المعلى، ٩٦ظ؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٨/٥-٣٠.

٢ انظر: الجامع الصغير، ٥٢٤؛ الأصل، ٥١٦/٥، ٥١٧.

وأما إذا ردَّ الوصية قبل أن يقبلها في غير وجهه فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه رد صحيح في حال الحياة، وليس برد بعد الموت. وذكر ابن شجاع عن أبي يوسف: أن قبوله صحيح بعد الرد ولم يفصل. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: إذا لم يقبل الوصي الوصية، ولكنه رد، فإن كان في وجه الموصي فهو رد، وإن كان في غير وجهه فليس برد.

وجه قول أبي حنيفة: أن رده بغير محضر من الموصي ليس برد؛ لأن الوصية في حكم عقد، قد تم بدلالة أنه لا يبطل [٢٦٥ظ] بالقيام من المجلس، ومن أمر لغيره بعقد تام فرده جاز أن يرجع إلى تصديقه. وأما وجه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف في الفرق بين الرد في حال الحياة وبعد الموت: فلأنها لم تتم في حال حياته؛ بدلالة جواز فسخ كل واحد منهما لها، فصارت كالإيجاب، وأما بعد الموت فقد تمت من جهة الموصي على وجه لا ينفسخ، فصار كالإقرار بالعقد التام.

[الوصية بسكنى الدار وبغلتها]

[٩٥٥.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى بسكنى داره ولا مال له غيرها، فلم يُجِز الورثة الوصية: فإن للموصى له بالسكنى سكنى ثلث الدار، ويسكن الورثة الثلثين، وليس للورثة بيع الثلثين. وقال أبو يوسف: لهم أن يبيعوا الثلثين، ولهم أن يقتسموا فيعزلوا له الثلث.[1]

وقال أبو حنيفة: لو كانت الوصية في غلة الدار كان له ثلث الغلة، ولا تقسم. وقال أبو يوسف: أقسم الدار، وأعزل له الثلث، وللورثة أن يبيعوا ثلثيهم. وهو قول محمد.

---

١ انظر: الأصل، ٥/٤٥٥، ٤٥٦.

لأبي حنيفة: أن الموصى له قد استحق ثلث المنافع، وذلك يمنع التصرف في الرقبة كالإجارة. وجه قولهما: أن الموصي لا يملك إيجاب الحق في أكثر من الثلث، فلو منعنا البيع لكان قد حبس كل ماله.

وأما وجه قوله في امتناع القسمة: فلأن فيها معنى التمليك كالبيع. وجه قولهما: أن المريض لا يملك إسقاط حق الوارث إلا في مقدار الثلث، فلو منعناه من القسمة لأجل الوصية لمنعناه من التصرف في أكثر من الثلث، وهذا لا يصح.

[عدد من يدفع إليه في الوصية للفقراء]

[٩٥٦.] مسألة إذا أوصى للفقراء: جاز أن يدفع الوصية إلى واحد عند أبي يوسف. وقال محمد: اثنين فصاعدا.[١]

لأبي يوسف: أنها قربة إلى الله تعالى ولم تثبت للأعيان، فجاز صرفها إلى واحد كالزكاة. ولأنه [لا] يمكن استيعاب الجنس، وليس عددٌ أولى من عدد، فاعتبر [٢٦٦و] الأدنى. وجه قول محمد: أن لفظ الجميع لما حصل في كلامه وجب اعتباره، والجمع في المواريث يتناول اثنين فصاعدا، كذلك الوصية بالمال اعتبرت بها.

[الوصية ببعض الرقبة]

[٩٥٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لعبده بثلث ماله كان ثلثه مدبَّرا، وله ثلث سائر أمواله. وقالا: جميع رقبته مدبَّر.[٢]

وهذا فرع على اختلافهم في تبعض التدبير، فعند أبي حنيفة: يتبعض، فلما أوصى له بثلث المال دخل فيه ثلث الرقبة، والوصية ببعض الرقبة تدبير. وعلى أصلهما: التدبير لا يتبعض، فيصير مدبرا بتدبير جزء منه.

---

١ انظر: شرح السير الكبير، ٢٠٨٩.

٢ انظر: عيون المسائل، ٣٢٣.

## [المحاباة والعتق في المرض]

[٩٥٨.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: إذا حابى في مرضه ثم أعتق: فالمحاباة أولى، وإن أعتق ثم حابى تحاصا. وقالا: يبدأ بالعتق بكل حال.[١]

لأبي حنيفة: أن المحاباة وجبت بعقد معاوضة، وليس له إسقاطها بفعله كالإقرار بالدين، ولها مزية التقدم، وللعتق واحدة وهو أنه لا يلحقه الفسخ، فساوى العتق المحاباة في أن الفسخ لا يلحقها من جهته، وبقي في المحاباة التقديم وتعلقها بعقد معاوضة. وليس كذلك إذا قدم العتق؛ لأن المساواة تحصل بينهما في امتناع الفسخ، وللعتق مزية التقديم، وللمحاباة مزية المعاوضة فكانا سواء. ولأنه متى قدم المحاباة فقد صرف ثلثه إلى حق آدمي، فصار كالمعسر في حال العتق، ومتى بدأ بالعتق ثم حابى فقد حصل العتق مع وجود اليسار فلزم تنفيذه.

لهما: أن المحاباة يلحقها الفسخ، والعتق لا يلحقه فكان أولى.

## [عتق الوراث]

[٩٥٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا اشترى ابنه بألف في مرضه، وهي قيمته، وله ألفان سواها: فإنه يُعتق ويرث، ولا يسعى. وقالا: يسعى إن كان هناك وارث غيره، ويدفع عنه حصته.[٢]

لأبي حنيفة: أن السعاية لو وجبت لم يرث، على أصله: أن المستسعى مكاتب، وإن لم يرث سلمت له الوصية، كالابن الكافر. وسلامة الوصية تُسقِط السعاية، [٢٦٦ظ]

---

١ انظر: الأصل، ٤٦٧/٥؛ مختصر اختلاف العلماء، ١٦/٥، ١٧؛ شرح مختصر الطحاوي، ١٧٧/٤، ١٧٨.

٢ انظر: الأصل، ٤٦٧/٥، ٤٦٨؛ مختصر اختلاف العلماء، ٦٩/٥.

فوجب إسقاط السعاية؛ إذ في إثباتها إسقاطها، ولأنه لما تنافى[١] السعاية -فالإرث لا يحلقه الفسخ، والسعاية يلحقها الفسخ- كان إسقاطها أولى.

وأما على أصلهما: فالمستسعى حر، فيجوز أن يرث مع وجوب السعاية، فلم يجز إسقاطها؛ لأن الوارث لا يسلم له الوصية.

## فصل

[٩٦٠.] فإن أعتق عبدا له آخر يساوي ألفا، وليس [له] مال غير الألفين، والعبد والابن، فإن الثلث يقسم بين الابن والمعتق نصفين، لكل واحد منهما ثلثا ألف، ويسعى في ثلث الألف، ولا يرث الابن شيئا عند أبي حنيفة؛ لأن السعاية لا بد من إيجابها؛ ألا ترى أن التبرع لا يجوز بأكثر من الثلث، فإذا لزمت الابن السعاية صار مكاتبا فلا يرث. وأما على أصلهما: فالمستسعى حر، والسعاية دين لزمه، فلا يمنع الميراث، وإذا صار وارثا لم تسلم له الوصية، فيخرج المعتق الآخر من الثلث فسقط عنه السعاية.[٢]

## فصل

[٩٦١.] ولو كان اشتراه بألف وقيمته خمسمئة وأعتق عبدا قيمته خمسمئة وليس له مال غير ذلك: فالمحاباة مقدمة على أصل أبي حنيفة؛ إذا بدأ بها فجازت وهي خمسمئة واستغرقت الثلث، فلم يجز أن يعتق الابن إلا مع السعاية فلم يرث. وعلى قولهما: العتق أولى من المحاباة فيعتق العبد الأجنبي من جميع المال؛ لأنه يخرج من الثلث، ويلزم الابن السعاية ويرث.

---

١ هكذا في المخطوط، ولعل الصواب: نافى، بدون التاء في أوله.

٢ انظر: الأصل، ٤٦٨/٥؛ مختصر اختلاف العلماء، ٦٩/٥.

## [الرجل يعتق أمته ويتزوجها في مرضه ويدخل بها]

[٩٦٢.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أعتق أمته، ثم تزوجها في مرضه، ودخل بها، وقيمتها ألف، ومهر مثلها مئة: فإن كانت قيمتها ومهرها يخرجان من الثلث فلها الميراث، والمهر والنكاح جائز؛ وإن لم يخرجا من الثلث دفع لها مهر مثلها، والثلث مما بقي من بعد المهر، وسَعَتْ في الباقي. وقالا: النكاح جائز، ولها مهر مثلها من جميع المال، وترث وتسعى.[1]

أما أبو حنيفة: فاعتبر خروج الرقبة من الثلث لتصحيح الوصية وسقوط السعاية، واعتبرا المهر؛ لأنه يكون دينا على الأصل، فينقص أصل المال، فلا بد من اعتبار الوصية فيما سواه، فإن بلغ ثلث المال قيمة الجارية ومهر المثل [٢٦٧و] جاز العتق وصح النكاح؛ لأنها حرة، ولا سعاية عليها. وإن نقص الثلث من قيمتها ومهر مثلها لم يجز النكاح؛ لأن السعاية تجب فتصير مكاتبة، وتزويج المكاتبة لا يجوز، فيسقط ميراثها ويسلم لها الوصية.

وعلى قولهما: وجوب السعاية لا ينفي الحرية، فلا يؤثر ذلك في النكاح.

## فصل [الرجل يعتق أمته، ويستدين منها ويتزوجها، ويموت قبل الدخول]

[٩٦٣.] ولو كان أعتقها وقيمتها ألف، واستدان منها مئة، وتزوجها، ومات قبل أن يدخل بها، وترك ألفي درهم سواها: فالنكاح باطل، ولها دينها وثلث ما بقي عند أبي حنيفة؛ لأن الدين مستحق من المال، يعني مال المريض؛ ألا ترى أن المكاتبة يثبت لها دين على مولاها، فلم يبق من ماله بعد الدين إلا ألف وتسعمئة ورقبة الجارية، ولا تخرج من الثلث فيلزمها السعاية، والمستسعاة لا يجوز نكاحها.

---

[1] انظر: الأصل، ٤٦٨/٥.

وعلى قولهما: وجوب السعاية كوجوب الدين، فلا يمنع النكاح، وتلزمها السعاية؛ لأنها وارثة، ويرفع عنها مقدار ميراثها وديتها ومهر مثلها.[١]

## [أوصى لرجلين فمات أحدهما]

[٩٦٤.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: إذا أوصى إلى رجلين، فمات أحدهما: نصب القاضي عن الميت آخر.[٢] وهذا على أصلهما: في امتناع تصرف أحد الوصيين، فلم يجز لتنافي التصرف، كما لا يجوز له في حال حياة الآخر، فوجب أن ينصب القاضي معه آخر. وعلى قول أبي يوسف: لكل واحد منهما أن يتصرف حال الحياة، فكذلك بعد الموت.

## [ما يجوز فيه تصرف أحد الوصيين]

[٩٦٥.] مسألة قال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز تصرف أحد الوصيين إلا في أشياء معدودة: رد الوديعة، وقضاء الدين، وتنفيذ وصية بعينها، ورد عين مغصوبة، وشراء كسوة الصغير وطعامه، وكفن الميت، وعتق عبد بعينه، والخصومة في حقوق الميت. وقال أبو يوسف: لكل واحد منهما أن ينفرد.[٣]

وجه قولهما: أن الميت رضي برأيهما، ولم يرض برأي أحدهما، [فصارا][٤] كالوكيلين، وهذا هو القياس في الأشياء المستثناة. [٢٦٧ظ] وإنما استحسنوا فيها؛ لأن رد الوديعة لا يقف على فعلهما، ألا ترى أن صاحبها لو أخذها جاز. وكذلك قضاء الدين لصاحبه أن يأخذ من جنس حقه، ويقع عن مستحقه، وكذلك الوصية

---

١ انظر: الأصل، ٤٦٩/٥.

٢ انظر: الأصل، ٤٩٣/٥.

٣ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٧٦/٥، ٧٧؛ شرح مختصر الطحاوي، ١٨٦/٤-١٨٨.

٤ في المخطوط: فصار، ولعل الصواب ما أثبت.

بعينها للموصى له أخذها، والعتق المعين كالوصية المتعلقة بعين في أنه لا يفتقر إلى الرأي، وشراء الكفن والكسوة، والطعام في تأخيره ضرر، والولايات تسقط بالضرر، والخصومة في اجتماعهما عليه ضرر؛ لأنه لا يفهم كلامهما ولا يتفقان، فجاز لكل واحد منهما أن ينفرد بها.

لأبي يوسف: أن الوصي يتصرف من طريق الولاية، والولاية إذا ثبتت لاثنين جاز لكل واحد منهما التصرف، كالولاية في النكاح.

## [الوصية إلى العبد]

[٩٦٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى إلى عبده، والورثة صغار: جازت الوصية، وإن كان فيهم كبير لم تجز. وقالا: لا تجوز في الوجهين.[١]

لأبي حنيفة: أن الصغار لا ولاية لهم على الوصي، وكل من لا ولاية عليه في التصرف يجوز أن يثبت له حق الولاية كالحر، ولا معتبر بولاية الحاكم عليه؛ لأن هذا موجود في الحر. ولا يلزم على ما ذكرنا: عبد الغير؛ لأن لمولاه أن يمنعه ويحجر عليه، فصار مولى عليه في التصرف، فلم يجز له أن يتصرف على غيره. وجه قولهما: أن تصرف الوصي من طريق الولاية، والعبد ليس من أهل الولايات. ولأنه ملك للصغير، والمملوك لا يلي على مولاه.

## [الوصية لبني فلان، وله بنات وبنو ابن]

[٩٦٧.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لبني فلان، وله بنات لصلبه وبنو ابن: لم يكن لهم شيء. وقال أبو يوسف: هو بينهم. وروى الحسن عن أبي حنيفة قال: إن كانت له بنت واحدة كان لها النصف وما بقي لولد الابن.[٢]

---

١ انظر: الأصل، ٤٩٤/٥، ٤٩٥؛ نوادر المعلى، ٨٩و؛ شرح مختصر الطحاوي، ١٨٤/٤.

٢ انظر: الأصل، ٤٣١/٥، ٤٣٢؛ مختصر اختلاف العلماء، ٤٣/٥-٤٥.

وجه الرواية الأولى: أن الأنثى إذا انفردت لم يقع عليها اسم الابن حقيقة ولا مجازا، فلم يجز حمل اللفظ عليهما، فإذا بطلت الوصية في حقها لم يصح في حق ولد الابن، لأنهم لا يستحقون مع ولد الصلب. وجه رواية الحسن: أن الميراث [٢٦٨ر] إذا ثبت كان بين البنت وولد الابن، فكذلك الوصايا؛ لأنها معتبرة بالمواريث. وجه قول أبي يوسف: أن الاسم يتناول ولد الابن، فتدخل معهم البنت على طريق التبع، كما لو كانوا في درجة واحدة.

## [هل يدخل في الوصية للموالي أمهات الأولاد والمدبر]

[٩٦٨.] مسألة قال في الجامع: إذا أوصى لمواليه لم يدخل في الوصية إلا من عتق قبل موته. وهو قول أبي يوسف الآخر، وكان قوله الأول: أن أم الولد والمدبر يدخلان.[١]

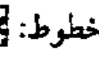
وجه ما ذكره في الجامع: أن الوصية تثبت عَقيب الموت، والمدبر غير محكوم بحريته في تلك الحال؛ لأنه يعتق في حال وقوع الوصية، فلم يجز استحقاقها مع وجود الرق المنافي للولاء. وجه قول أبي يوسف: الأول أن ولاء المدبر ثابت من المولى؛ ولهذا لو أعتق أحد الشريكين نصيبه لم ينتقل إليه نصيب شريكه، لما فيه من فسخ الولاء، فوجب أن يستحق الاسم.

## [الوصية للموالي، وله موال أعتقهم، وموالي موالي]

[٩٦٩.] مسألة قال محمد في الجامع: إذا قال: "ثلث مالي لموالي" فإن كان له موال أعتقهم، وموالي موالي، وأولاد موالي: ما قبلتُ[٢] لهم دون الذين أسلموا على يديه، أستحسن ذلك وأدع القياس. وكان ينبغي في القياس: أن يكون الموالي

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٥/٥٥، ٥٦.

٢ وصورته في المخطوط: .

الذين أسلموا مثل الذين أعتقهم. وقال أبو يوسف: الجميع شركاء.[1]

لأبي يوسف: أنهما يضافان إلى الموصي من جهة الحقيقة بالولاء، فاختلاف الأسباب لا يمنع كالأخوة. لمحمد: أن ولاء العتاقة أقوى؛ لأنه لا ينفسخ، ويقدم على ذوي الأرحام، فكأن الاسم اختص به فحمل عليه. قال أبو الحسن: يحتمل قول محمد: "كان القياس أن يكون الذين أسلموا على يديه مثل الذين أعتقهم" أي: أنهم أولى بالوصية من موالي مواليه لا أنهم يشاركون؛ لأنهما ولاءان مختلفان فلا يدخلون تحت عبارة واحدة.

## [الوصية بعبد لرجل، ثم الوصية به لآخر]

[٩٧٠.] مسألة قال في الأصل: إذا أوصى بعبد لرجل، ثم أوصى به لآخر: فهو بينهما. ولو قال: "العبد الذي أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان" كان رجوعا [٢٦٨ظ] عن الأولى. قال الطحاوي: وروى علي بن معبد عن محمد أنه: إذا أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال: "الثلث الذي أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان" أن الثلث بينهما.[2]

والأصل فيما قلنا على رواية الأصل: أن الموصي يملك الرجوع والإشراك في الوصية. وقوله: "أوصيت به لفلان" لا يتضمن الرجوع؛ لجواز أن يوصي به لهما، فوجب أن يشتركا. وليس هذا كمن أوجب البيع ثم أوجبه لآخر؛ لأن إيجاب الوصية آكد؛ بدلالة أنه لا يبطل بالموت، ويقف على غائب، فلم يسقط بما يسقط به إيجاب البيع. وأما إذا أعاد لفظة الوصية الأولى فقد أثبت الحق الثاني بعد ذكره بما أثبت الأولى من غير أن يأتي بحرف الإشراك، فكان الظاهر الرجوع منه.

---

١ انظر: الأصل، ٤٣٣/٥، ٤٣٤؛ الجامع الكبير، ٢٨٨.

٢ انظر: الأصل، ٤٣٦/٥؛ مختصر الطحاوي، ١٥٩؛ مختصر اختلاف العلماء، ١١/٥، ١٢.

فأما محمد فقال: إن الوصية الثانية تفيد إثبات الحق للثاني، وهذا ليس برجوع، كما لو قال: "وقد أوصيت به لفلان".

## [جحود الوصية]

[٩٧١.] مسألة قال في الأصل: إذا جحد الوصية فهو رجوع. وقال في الجامع: لا يكون رجوعا. وروى المعلّى عن أبي يوسف مثل الأولى، وعن محمد مثل الثاني.[١]

لأبي يوسف: أن جحوده متى لم نحمله على الرجوع كان كذبا، وحمل الأمر على الصحة أولى. ولأن الجاحد نافي الوصية في الحال وفيما مضى، ونفيه في الحال رجوع، فإذا ضم إليه غيره أولى. وجه قول محمد: أن ظاهر الجحود الكذب، والكذب لا يثبت به الرجوع. ولأنه لما احتمل أن يكون فسخا واحتمل الكذب فالرجوع لا يجوز إثباته بالشك.

## [القبول والرد في الوصية ثلث المال]

[٩٧٢.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا أوصى بثلث ماله لرجل والقبول والرد بعد الموت. رواه الحسن عنهما، وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه إذا قبل في حياة الموصي أنه قبول، سواء كان في وجهه [٢٦٩و] أو في غير وجهه. وقال زفر: إذا ردها في وجهه لم يكن له القبول. فلو قبلها في حياته في المجلس، ثم قال: "لا أقبلها" في حياة الموصي في غير وجهه: لم يكن ردها ردا حتى يرده بعد الموت.[٢]

وجه قولهم المشهور: أن إيجاب الوصية يكون بوجود الموت، فكأنه قال: "ملّكت فلانا ثلث مالي بعد موتي"، فوجب اعتبار القبول والرد عقيب الإيجاب، كمن

---

١ انظر: الأصل، ٤٣٦/٥؛ نوادر المعلى، ٨٩ظ.

٢ انظر: الأصل، ٥١٧/٥؛ الجامع الصغير، ٥٢٤.

قال لامرأته: "إذا جاء رأس الشهر فاختاري": أن القبول والرد في ذلك الوقت. ولأن القبول لو صح في حال الحياة لكان متعلقا بالموت، فكأنه قال: "قبلت وصيته لو مات"، والقبول لا يقف على شرط.

وجه قول زفر: أن إيجاب العقد وقع له، فلم يقف مع رده كالبيع. ولأن الوصية أمر بالتصرف كالوكالة، فلو رد الوكيل الوكالة في وجه الموكل بطلت، كذلك هاهنا.

## [ممن يجوز بيع الوصي]

[٩٧٣.] مسألة روى الحسن عن أبي حنيفة: أن الوصي لا يجوز بيعه ممن لا تجوز شهادته عليه، وبه قال زفر. وقال أبو يوسف: يجوز إذا لم يُحابِي. وهذا على الرواية التي رواها الحسن: أن بيع الوصي من نفسه لا يجوز، وهو القياس، فكذلك فيمن لا تجوز شهادته له. وعلى قول أبي يوسف: يجوز بيعه من نفسه، فجوازه من هؤلاء أولى.

وأما على رواية الأصول: فيجوز بيعه منهم بالزيادة فيما لا يتغابن فيها، كما يجوز بيعه من نفسه. وعلى هذا إذا باع أحد الوصيين من صاحبه لم يجز على رواية الحسن، ويجوز على رواية الأصول بزيادة لا يتغابن فيها.

## [إقرار الموصى له بموت الوصي فيجيء حيًا]

[٩٧٤.] مسألة روى الحسن عن أبي حنيفة في رجل أقام البينة أن فلانًا مات وأوصى إليه، وأن له دين على هذا قضى به القاضي، وسلمه، وجاء المشهود بموته حيًا، والمال في يد الموصى [له]: لم يجز أن يجيز [٢٦٩ظ] القبض. وذكر في الأصل أنه إن أجاز القبض جاز، وبرئ الغريم. فإن لم يأخذه حتى ضاع فلا شيء على الغريم، ولا على الوصي.

وجه ما ذكره في الأصل: أن القابض ملك الذي عليه، وما في ذمته لغيره بما أخذ، فوقف على إجازة المالك، كما لو ملكه عينا له. وجه رواية الحسن: أن المقبوض مال

للدافع، فلا يصير ملكا لصاحب الحق إلا أن يقبضه بدلا عن الدين، فإذا كان ملكا للدافع لم يقف على إجازة غير [مالكه].[١]

## [إقرار الوصي بإعطاء الخراج]

[٩٧٥.] مسألة قال أبو يوسف: إذا قال الوصي: "مات الموصي من عشر سنين وأعطيت خراج أرض الصغير" صدق. وقال محمد: لا يُصدَّق.

لأبي يوسف: أن خراج الأرض لازم في رقبة الأرض، فسبيله سبيل ما يحصل من بدل المنافع، فكما لو قال: "أعطيت الأجرة" صدق، كذلك الخراج. لمحمد: أن وجوب الخراج غير متعلق بتصرف الوصي فلا يصدق في دفعه، كما لو أقر على عبد الصغير بجناية، وأنه فداه أو دفعه. وهذا ليس بصحيح؛ لأن الخراج من مُؤَن الأرض، ككري الأنهار.

## [فيمن أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين]

[٩٧٦.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا أوصى لأمهات أولاده [بثلث ماله] وهن ثلاث، وللفقراء والمساكين: فالثلث على خمسة، وكذلك لو أوصى لفلان وللفقراء والمساكين كان لفلان الثلث. وقال أبو يوسف: يضرب للفقراء والمساكين بسهم واحد.[٢]

وجه قول أبي حنيفة: أن معنى الفقير والمسكين مختلف؛ لأن الفقير يتناول من يملك شيئا، والمسكين يتناول من لا يملك، وإذا اختلف معناهما اعتبر كل واحد على حدة، كما لو قال: "ثلث مالي لزيد وعمر". وإذا كان كذلك فأمهات الأولاد قد عيَّنهن، والوصية للعين يعتبر فيها العدد، والفقراء والمساكين جنس لا يحصى، فاعتبر الأدنى من كل واحد، وقسم الثلث على خمسة.

---

١ في المخطوط: ملكه، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ انظر: الجامع الصغير، ٥٢٠؛ مختصر اختلاف العلماء، ٥/٢٨-٣١.

لأبي يوسف: أن الفقير والمسكين يراد به معنى واحد في العادة، [٢٧٠و] فصار كالنوع الواحد، فاعتبر المتيقن منه.

## [الوصية في العتق على الخدمة]

[٩٧٧.] مسألة قال في الأصل: إذا أوصى بخدمة عبده لفلان سنة، ثم يعتقه، ولا مال له غيره: فإنه يخدم فلانا يوما وللورثة يومين؛ فإذا مضى ثلاث سنين عتق. هكذا ذكره في الأصل، وقال ابن سماعة عن محمد: إذا قال لعبده: "أنت حر بعد موتي بشهر" لم يعتق حتى يعتق، والقياس أن يكون باطلا.[1]

وجه القياس: أنها حرية متعلقة بشرط بعد زوال ملكه وانتقاله إلى غيره، فصار كمن قال: "إذا بعت عبدي فهو حر بعد شهر". وليس كذلك العتق الواقع بالتدبير؛ لأنه يقع عقيب الموت، فيكون السبب الموجب لزوال الملك هو السبب الموجب للحرية.

وإنما استحسنوا؛ لأن الوصايا يجوز تعلقها بعد الموت بشروط تحدث، كقبولها وكشرائط الوقف الذي أخرجه مخرج الوصايا، فأما وقوع الحرية فيجوز أن يكون ما ذكره في الأصل أنه يعتق على ما فسره محمد. والوجه فيه: أن الموصي يملك الوصية ولا يملك إيقاع الحرية بعد موته، فجازت وصيته، ووقف تنفيذها على فعل الوارث، كمن أوصى بعتق عبده.

وإن حمل ما قاله على إطلاقه فالوجه فيه: أن الحرية إذا جاز أن تقع عقيب الموت في التدبير من غير إيقاع، وإن كان ملكه قد زال بالموت جاز مثله بعد ذلك. ولأن العتق وصية، والوصايا يجوز تعليقها بشروط في المستقبل.

---

[1] انظر: الأصل، ٥/٥١٤؛ مختصر اختلاف العلماء، ٥/٣٢.

## [الوصية لأرامل بني فلان]

[٩٧٨.] مسألة قال محمد: إذا أوصى لأرامل بني فلان: فهُنَّ كل امرأة أرملت من زوجها ومالها، فإن كن يُحصَين أعطين، ولو لم يحصين أعطي الفقراء منهن. وقال أبو يوسف في الإملاء مثل قول محمد، إلا أنه قال: على الفقيرة والموسرة.[١]

وجه قول محمد: ما رواه عكرمة عن ابن عباس أنه قال: اشترى رسول الله صلى الله عليه متاعا فباعه بربح أواق فضة؛ ليصدق منها على أرامل بني عبد المطلب ثم قال: «لا أعود، إن اشتريت [٢٧٠ظ] بعدها شيئا وليس ثمنه معي»[٢] ومعلوم أنه تورع عن الربح فيما لم يؤد ثمنه، فدلّ على أنه قصد به الفقراء. ولأن الأرملة عبارة عمن ذهب مالها وزوجها، يقال: "أرمل الرجل" إذا ذهب زاده، وذلك مشتق[٣] مما يصير به الإنسان إلى الرَّمْل، كما قال الله تعالى: ﴿أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ﴾ [البلد، ١٦/٩٠]. وهو من ألزق جنبه بالتراب من شدة الجوع.

لأبي يوسف: أن "الأرملة" في العادة يتناول من مات زوجها، كما يقال: "أيم" للتي لا زوج لها، غنية كانت أو فقيرة.

## [الوصية بذي رحم]

[٩٧٩.] مسألة قال أصحابنا: إذا أوصى لرجل بأخيه ثم مات: لم يعتق العبد حتى يقبل الموصى له الوصية. وقال زفر: يعتق.[٤]

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٥١/٥، ٥٢.

٢ مصنف ابن أبي شيبة، ٣٨٢/١١ (٢٢٦٢٩)؛ مسند أحمد، ١٢١/٥ (٢٩٧٠).

٣ موضع لم أتبين على قراءته في المخطوط، وصورته: .

٤ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٥٢/٥.

وجه قولهم: أنه تمليك بغير عوض فلم يملك بغير قبول، كالهبة. ولأن الموصي لم يرض بعتق، وإنما أوصى بتمليك، والعتق من موجَبه، فمتى لم يحصل الملك لم يصح إثبات موجَبه. وجه قول زفر: أن الوصية تتضمن سببين: العتق والتمليك، والعتق حق العبد، والموصى له يملك إسقاط حقه بالرد، ولا يملك إسقاط حق غيره، فوجب أن يعتق.

## [إقرار بعض الورثة بوصية]

[٩٨٠.] مسألة قال: المشهور عن أصحابنا فيمن مات وترك ابنين، فأقر أحدهما أن الميت أوصى بثلث ماله [له]، وجحده الآخر: أن المقر يدفع إلى الموصى له ثلث ما في يده استحسانا. وقال الطحاوي: سمعت ابن أبي عمران يقول: سمعت ابن سماعة يروي عن أبي يوسف: أنه يأخذ من المقر نصف ما في يده. وكذلك روى الحسن عن زفر، وهو القياس.[١]

ووجهه: أن المقر يزعم أن للموصى له الثلث، وأن الثلثين بينه وبين أخيه نصفين، وهذا يفيد تساويهم في المال، وأن حق كل واحد كحق صاحبه: فوجب أن يشاركه فيما في يده، مثل ما لو أقر بأخ آخر. ولأنه لو أقام البينة ساواه، فكذلك إذا أقر؛ لأن المقر يُعامَل بموجَب إقراره، كما يعامل بموجب البينة.

وجه الرواية المشهورة، وهو الاستحسان: أن حق الورثة والموصى له يثبت على [٢٧١و] التفصيل، فلم يثبت بإقرار أحدهم الوصية إلا على التفصيل، فصار كأنه لا وارث غيره، وكأن [يد] الآخر يد غاصب، فيسقط عما في يده حق الموصى له والوارث. وليس كذلك إذا أقام البينة؛ لأن وصيته تثبت في حق الجميع، فصار حق كل واحد منهم كحق الآخر.

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٦٩/٥، ٧٠.

## [أكل الوصي من مال اليتيم]

[٩٨١.] **مسألة** قال: المشهور عنهم أن الوصي لا يأكل من مال اليتيم. قال إسماعيل عن محمد: أما نحن فلا نحب أن يأكل الوصي من مال اليتيم قرضا ولا غيره. وذكر بشر بن الوليد في نوادر أبي يوسف يقول: لا يأكل الوصي من مال اليتيم إذا كان مقيما، وإن أراد أن يخرج في تقاضي دين وإلى ضياع فله أن ينفق ويكتسي ويشتري دابة، فإذا رجع رد ما بقي من ذلك.[1]

وجه قولهم المشهور قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ﴾ [النساء، ٢/٤]. ولأنها أمانة في يده كالوديعة. لأبي يوسف: ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: «إني أنزلت نفسي منزلة والي اليتيم إذا استغنيت استعففت وإذا احتجت استقرضت ثم قضيت».[2] وروي أنه قال: «إني أنزلت مال الله مني منزلة مال اليتيم ﴿مَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء، ٦/٤]». وروى الزهري عن القاسم بن محمد أن رجلًا أتى ابن عباس فقال: "إني على مواشي أيتام فهل عليَّ جناح إن أصبت من رسل مواشيهم؟" فقال ابن عباس: «إن كنت تبغي ضالتها وتهنأ جرياها فلا جناح عليك أن تصيب من رسلها».[3]

## [مقاسمة الوصي الموصى له على الورثة]

[٩٨٢.] **مسألة** قال في الجامع الصغير: «مقاسمة الوصي الموصى له بالثلث على الورثة جائزة، ومقاسمته على الموصى له باطلة. وإن قاسم الوصي الورثة فأخذ

---

١ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٧٨/٥، ٧٩؛ شرح مختصر الطحاوي، ٢٠١/٤-٢٠٧.

٢ موطأ محمد، ٢٦٠ (٧٦٠)؛ مصنف ابن أبي شيبة، ٤٩٢/١٧ (٣٣٥٨٥).

٣ انظر: السنن الكبرى، ٤٦٥/٦ (١٢٦٧٠).

نصيب الموصى له فضاع كان للموصى له أن يرجع فيأخذ ثلث ما في أيديهم».[1] وروى الحسن عن زفر مثله. وروي عن أبي يوسف: أن مقاسمة الوصي الورثة على الموصى له جائزة.[2]

وجه قولهم المشهور: أن الوصية عقد فلا يملكها الإنسان في حق غيره إلا بولاية [٢٧١ظ] كسائر العقود، ولا ولاية للوصي على الموصى له. ولأن القسمة فيها معنى التمليك مثل البيع. لأبي يوسف: أن الموصى له شريك الوارث، فمتى كان غائبا ملك الوصي القسمة عليه، كالوارث الغائب على أصله.

[الوصية بأن يحج عنه وارثه]

[٩٨٣.] مسألة قال أصحابنا: إذا أوصى أن يحج عنه وارثه لم يجز. وقال زفر: يجوز. وجه قولهم: أنها وصية فيها منفعة للوارث، فصار كما لو أوصى بمال. وجه قول زفر: أن المال الذي يحج به في مقابلته عمل، فصار كما لو استأجره لخدمته.[3]

[دخول الوصية في ملك الموصى له]

[٩٨٤.] مسألة قال أصحابنا: لا تدخل الوصية في ملك الموصى له إلا بالقبول. وقال زفر: ينتقل إليه قبل أو رد.

وجه قولهم: أن الوصية عقد يتضمن إيجاب ملك فوقف على القبول كالبيع. ولأنه عقد تبرع كالهبة. ولأن أحدا لا يملك أن يلزم للإنسان ملكا في عين إلا برضاه؛ ألا ترى أنه لو أوصى له تبل تراب في داره فملّكاه بغير رضاه لحقه ضرر بفعل الموصي وهذا لا يجوز. وقد قالوا: إن القياس في الموصى له إذا مات قبل القبول أن

---

١ الجامع الصغير، ٥٢٨، ٥٢٩.

٢ انظر: مختصر اختلاف العلماء، ٨٢/٥، ٨٣.

٣ انظر: الأصل، ٤٤٣/٥؛ نوادر المعلى، ٩٣ظ؛ مختصر اختلاف العلماء، ٢٣٠/٢.

لا يستحق الوصية، وإنما استحسنوا لأن الوصية قد تمت من جهة الموصي، ووقفت على خيار الموصى له، فصار كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري.

وجه قول زفر: أن الوصية تملك بالموت كالإرث.

وإذا ثبت هذا الأصل قال أصحابنا: إذا أوصي لرجل بزوجته لم ينفسخ النكاح بينهما حتى يقبل الوصية. وقال زفر: ينفسخ النكاح.

[الوصية بثلث ما في الكيس، فهلك منه ثلاثاه]

[٩٨٥.] مسألة قال أصحابنا: إذا أوصى لرجل بثلث ما في هذا الكيس، وفيه ثلاثمئة، فهلك منها مئتان وبقي مئة: أعطي ذلك إذا كان يخرج من الثلث. وقال زفر: يعطى ثلث ما بقي.

وجه قولهم: أن ما بقي كان يجوز أن يسلم له بوصيته، وما جاز أن يسلم له فالوصية متعلقة به، فإذا خرج من الثلث أخذ جميعه. ولأنه متى أمكن تنفيذ الوصية على ما أوصى به كان أولى. وليس كذلك الوصية بأجناس مختلفة؛ لأن كل جنس لا يقسم في صاحبه، [٢٧٢و] فصار كما لو أفرده بالوصية. وجه قول زفر: أن الموصى له شريك الوارث فما هلك [هلك] على الحقين، وما بقي بقي عليهما.

* * *

# كتاب الفرائض

## [ميراث الأخ مع الجد]

[٩٨٦.] مسألة قال أبو حنيفة: لا ميراث للأخ مع الجد. وقال أبو يوسف ومحمد: يشتركان.[١] لأبي حنيفة: أن الجد ذَكَرٌ تعصيبه مستفاد بالولاء كالأب. ولأنه يلي في النكاح والمال كالأب. وجه قولهما: أن الأخ يدلي إلى الميت بأبيه كالجد.

## [ميراث أب الأم وبنت البنت]

[٩٨٧.] مسألة قال أبو حنيفة: أب الأم أولى من بنت البنت. رواه أبو سليمان عن محمد عنه. وروى أبو يوسف والحسن عن أبي حنيفة: أن ولد البنات أولى من أب الأم، وهو رواية ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة، وبه قال أبو يوسف ومحمد. وذكر في الأصل قال: قياس قول أبي حنيفة الذي قاسه على قول علي: أن المال لأب الأم.[٢]

وجه الرواية الأولى: أن الجد يدلي بأحد الأبوين فصار كالأب. ولأن له شبهة في مال ولد ولده؛ ولهذا سقط عنه الحد وإن لم يدع شبهة، فصار كأب الأب.

وجه الرواية الأخرى: أن البنت لها فرض وتعصيب، والأم لها فرض من غير تعصيب، فكان من يدلي بالنسب أقوى. ولأن في درجتها من له تعصيب. ولأن الولادة يتعلق بها تعصيب من وجه، والانتساب بالأم لا يتعلق به التعصيب بوجه. ولأن الجد

---

١ انظر: الأصل، ٦/١٧، ٤٦، ٦٠؛ مختصر اختلاف العلماء، ٤/٤٦١-٤٦٣.

٢ انظر: الأصل، ٦/٧٦.

العصبة لا يُسقِط أولاد الأولاد العصبات، فالجد من الأم الذي ليس بعصبة لا يسقط أولاد الأولاد الذين لا تعصيب لهم.

## [ميراث أب لأم وبنت أخ لأم]

[٩٨٨.] مسألة قال أبو حنيفة: أب الأم أولى من بنت الأخ لأم. وقال أبو يوسف ومحمد: هي أولى.[١]

لأبي حنيفة: أنه يدلي بأحد الأبوين، فهو أولى من أولاد الأخ، كأب الأب. ولأنهما يدليان بالأم والأخ، وإذا اجتمعت الأم والأخ من الأم كانت الأم أقوى؛ لأنها تأخذ [٢٧٢ظ] الثلث والأخ السدس، فكان من يدلي بها أقوى. ولأن الجد من الأب لما ثبت له التقديم مع العصبات من الإخوة وأولادهم فكذلك الجد من الأم، لما كان من ذوي الأرحام وجب أن يقدم على أولاد الأخ من ذوي الأرحام.

وجه قولهما: أن أولاد الإخوة من ولد الصلب، والجد من قبل الأم خارج من هذا المعنى. ولأن أمه مقدمة على الجد أب الأم فكذلك ولده، مثل الابن لما كان مقدما عليه كان ولده مقدما عليه.

## [ميراث بنات الأخ]

[٩٨٩.] مسألة قال أبو يوسف في ثلاث بنات إخوة متفرقين: المال لبنت الأخ من الأب والأم. وقال محمد: لبنت الأخ من الأم السدس، وما بقي لبنت الأخ من الأب والأم.[٢]

لأبي يوسف: أن بنات الإخوة ليس لهنّ فرض ولا تعصيب فوجب اعتبار الأقوى

١ انظر: الأصل، ٦/٦٩، ٧٠.

٢ انظر: الأصل، ٦/٧٢؛ شرح مختصر الطحاوي، ٤/١٧٢، ١٧٣.

منهنّ، وبنت الأخ من الأب والأم لها قرابة من جهتين فكانت أولى. ولأنها تدلي بعصبة وبنت الأخ من الأم تدلي بذات سهم، فاعتبر الأقوى، مثل بنت البنت وأب الأم.

لمحمد: أن حكم البنات معتبر بالآباء؛ لأن قوة الإنسان معتبرة بمن يدلي به، ولو كانوا موجودين كان للأخ من الأم السدس، وما بقي للأخ من الأب والأم، فكذلك ولدهم.

[ميراث بنت أخ وابن أخت، كلاهما لأب وأم]

[٩٩٠.] مسألة قال أبو يوسف: إذا ترك بنت أخ لأب وأم وابن أخت لأب وأم فللذكر الثلثان وللأنثى الثلث. وقال محمد: يعتبر بأصولهم، فيكون لبنت الأخ الثلثان ولابن الأخت الثلث.[1]

لأبي يوسف: أن ما كان يستحقه الأصل من الثلث والثلثين كان متعلقا بسبب لم يثبت للولد، وهو التعصيب، وإذا سقط اعتبار الأصول وجب اعتبارهم في أنفسهم، ففضل الذكر على الأنثى. ولأنهم اتفقوا على اعتبار التفضيل، واختلفوا في المعنى الذي يتعلق به الحكم، فكان اعتبار صفات المستحقين أولى من صفات من لا حق له في الاستحقاق.

لمحمد: أن حكم ذوي الأرحام معتبر بالأصول، ولهذا يقدم ولد الصلب، فوجب اعتبار قدر ما كان يستحقه الأصل.

[ميراث ابن ابن خالة وابن بنت خالة]

[٩٩١.] مسألة قال أبو يوسف: إذا ترك ابن ابن خالة وابن بنت خالة [٢٧٢و] فالمال بينهما نصفان. وقال محمد: لابن الابن الثلثان ولابن البنت الثلث.[2]

---

١ انظر: الأصل، ٧٨/٦.

٢ انظر: الأصل، ٧٩/٦.

أما أبو يوسف: اعتبر حالهما بأنفسهما وقد تساويا. وأما محمد: فاعتبر من يدليان به، وأحدهما يدلي بذكر والآخر بأنثى، فيفاضلان.

وعلى هذا إذا ترك بنت ابن خال وابن بنت خالة فالمال بينهما للذكر الثلثان، وللأنثى الثلث على أصل أبي يوسف؛ لأن المعتبر بأنفسهم. قال محمد: لبنت ابن الخال الثلثان، ولابن بنت الخالة الثلث؛ لأن المعتبر عنده أصولهما، والخال والخالة يختلف نصيبهما في الأصل فكذلك من يدلي بهما.[1]

## [ميراث أب لأم وابن بنت الأخ]

[٩٩٢.] مسألة قال: ولو ترك أبا أمه وابن بنت أخيه لأبيه وأمه فالمال للجد في قياس قول أبي حنيفة. وقالا: المال لابن بنت الأخ.[2]

أما أبو حنيفة: فجعل أب الأم أبا مع ذوي الأرحام كالجد الذي هو عصبة مع ذوي السهام والعصبات، ومعلوم أن أبا الأب مقدم على ولد الأخ فكذلك أب الأم.

وجه قولهما: أن أب الأم لم يحصل من أبوين وارثين، وأولاد الأخ من أصل هو وارث فكان أولى.

## [ميراث بنات الأخوات]

[٩٩٣.] مسألة روى محمد عن أبي حنيفة في ثلاث بنات أخوات متفرقات المال بينهن على خمسة، وهو قول محمد، وقول أبي يوسف الأول، ثم رجع أبو يوسف فقال: المال لبنت الأخ من الأب والأم. وهو رواية أسد عن أبي حنيفة.[3]

---

١ انظر: الأصل، ٧٨/٦.

٢ انظر: الأصل، ٧٩/٦.

٣ انظر: الأصل، ٧٢/٦.

وجه الرواية الأولى: أن ولد الأخوات ليست لهم حال في أنفسهم؛ بدلالة أنه لا سهم لهم ولا تعصيب، وإنما يعتبر حالهم بغيرهم، وقد كان المال بين الأمهات على خمسة فكذلك الأولاد. وجه الرواية الأخرى: أنهن لما تساوين في أنفسهن اعتبر من يدلي بجهتين.

وعلى هذا قال أبو يوسف في ستة بني ثلاث أخوات متفرقات: المال لابني الأخت من الأب والأم، على أصله: أن المعتبر بقوة الإدلاء دون حقيقة الأمهات. [٢٧٢ظ] وقال محمد: لابني الأخت من الأم الثلث نصيب أمهما، ولابني الأخت من الأب والأم الثلثان. على أصله: أن المعتبر نصيب الأمهات.

وعلى هذا قال أبو يوسف في ابني الأخ من أم وبنت أخ لأب: المال لبنت الأخ من الأب؛ لأنها تنتسب إلى العصبة. وقال محمد: يعتبر نصيب الأمهات، فيكون لابني الأخ من الأم السدس، وما بقي لبنت الأخ من الأب.

وعلى هذا لبنت أخ من أم ولبنتا أخت من أم وبنت أخ من أب قال محمد: لولد الأخ والأخت من الأم الثلث أثلاثا، والباقي لبنت الأخ من الأب، على أصله: أن المعتبر بآبائهم. وعلى قول أبي يوسف: المال لبنت الأخ من الأب؛ لأن المعتبر عنده قوتهم في أنفسهم، فمن يدلي بعصبة أولى.

## [ميراث بنتي أخ وابن أخ]

[٩٩٤.] مسألة قال أبو يوسف في بنتي أخ لأب وأم وابن أخت لأب وأم: لابن الأخت سهمان ولبنتي الأخ سهمان. وقال محمد: لبنتي الأخ أربعة، كأنهما أخوان، ولابن الأخت سهم كأنه أخت.[١]

---

١ انظر: الأصل، ٦/٧٤.

أما أبو يوسف فمن أصله: اعتبار الأنفس دون من يدلون به. وأما محمد: فجعل ولد الذكور ذكورا وإن كانوا إناثا، كما قدَّمنا.

[ميراث ابني أخت وبنت أخ]

[٩٩٥.] مسألة قال أبو يوسف: إذا ترك ابني أخت لأب وأم وبنت أخ لأب: فالمال لابني الأخت من الأب والأم، لأنهم لما تساووا في الدرجة بسقوط السهم والتعصيب اعتبر القوة فيهم، فصار من يدلي بمن ينتسب إلى الأبوين أقوى. وأما محمد فقال: لابني الأخت الثلثان، والباقي لبنت الأخ من الأب؛ لأن من أصله: اعتبار الأصول، ونقل ما كان يستحقه صاحب الأصل إلى الموجود، ومعلوم أن قوة ابني الأخت بأمهما، فنقل ما كان لها من الحكم إليهما، فصارا كالأختين. وبنت الأخ معتبرة بأبيها، وقد كان لابنها ما بقي، فانتقل ذلك إليهما، فصار كمن ترك أختين لأب وأم وأخا لأب.[١]

[ميراث ثلاث بنات أخوات متفرقات وبنت ابن أخ لأب]

[٩٩٦.] مسألة قال أبو يوسف في ثلاث بنات أخوات متفرقات وبنت ابن أخ لأب: المال لابنة الأخت من الأب والأم. [٢٧٤و] على أصله: أن القرابة إذا تساووا في الدرجة واختلفوا في الآباء قدم من له انتساب إلى الأبوين كالعمات المتفرقات.

وأما محمد فقال: المال بين بنات الأخوات على خمسة؛ لأنهن يدلين إلى الميت بدرجتهن، وبنت ابن الأخ تدلي بثلاثة، فكان من يدلي بدرجتين أولى، ثم أعطاهن منزلة الأمهات فصرن ثلاث أخوات متفرقات.

[ميراث عمة لأب وأم وخالة لأب أو لأم]

[٩٩٧.] مسألة روى أبو سليمان عن محمد في عمة لأب وأم وخالة لأب أو لأم

---

١ انظر: الأصل، ٦/٧٤.

فالمال على ثلاثة. ولا تقدم العمة لأنها لأب وأم على الخالة، وهو الصحيح عن أبي يوسف. وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا كانت إحداهما لأب وأم فهي أولى.[١]

وجه قول محمد: أن الخالة تدلي بالأم، وهذا المعنى موجود سواء انتسب إلى الأبوين أو إلى أحدهما، وكذلك العمة تدلي بالأب، وهذا المعنى موجود وإن انتسب إلى أحد الأبوين. وجه قول أبي يوسف: أن العمات إذا اجتمعن اعتبر الأقوى منهن، فكذلك العمات والخالات.

## [ميراث أولاد خال وخالة من أم وعم وعمة من أم]

[٩٩٨.] مسألة قال أبو يوسف في ابن خال من أم معه أخته وخمس بنات خالة من أم وبنت عم من أم وابنا عمة من أم: ثلث المال بين ولد الخال والخالة من الأم، للذكر مثل حظ الأنثيين، والثلثان بين ولد العم والعمة من الأم مثل ذلك. وقال محمد: الثلث بين ولد الخال على تسعة أسهم، فيجعل ولدي الخال كالذكرين، فيكون لهما أربعة ولبنات الخالة خمسة؛ لأنهن يدلين بأمهن، فكأنهم ذكران وخمس إناث، فيكون الثلث بينهم على تسعة لولدي الخال أربعة أتساعه بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ويجعل الثلثين بين بنت العم وابني العمة على أربعة أسهم لبنت العم سهمان؛ لأنها تدلي بذكر، ولابني العمة سهمان؛ لأنهما يدليان بأنثى.

أما أبو يوسف: فجعل من يدلي بالخالة كالأم، ومن يدلي بالعم والعمة كالأب، وقسم المال بينهما [٢٧٤ظ] أثلاثا، ثم قسم ما في جنبه الأم على حكم رؤوسهم دون أصولهم.

وأما محمد: فإنه يقوي الأولادَ بالأصول فينقل إليهم ذلك الحكم، فيقول: إن ثلث

---

١ انظر: الأصل، ٦/٨١.

المال بين ولدي الخال وخمس بنات الخالة على سبعة؛ لأن ولدي الخال كالخالين، وأولاد الخالة كالخالات. وأما نصيب أولاد العم والعمة فيكون بينهم، لبنت العم سهمان لأنها تدلي بذكر، ولابني العمة سهمان لأنهما يدليان بأنثى.

قال الشيخ رحمه الله: وجملة ما اعتبره محمد أنه يجعل من أدلى بذكر ذكرا وإن كان أنثى، ومن أدلى بأنثى أنثى وإن كان ذكرا. فإن كانوا أولاد أولاد قسم المال على أعلى البطون، فجعل من يدلي بذكر من البطن الأعلى ذكرا، ومن يدلي بأنثي من البطن الأعلى أنثى، ثم يعتبر البطن الثاني فيجعل من يدلي بذكر منه ذكرا، ومن يدلي بأنثى منه أنثى، فإن اتفقوا فيمن يدلون به، واختلفوا في أنفسهم قسم المال على أنفسهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وهذا أشهر الروايتين عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع فقال: المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، اختلفوا فيمن يدلون به أو اتفقوا.

## [ميراث ابن أعتق نصفه]

[٩٩٩.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا مات وترك ابنا قد أُعتِق نصفه فلا ميراث له، على أصله أنه مكاتب. وقال أبو يوسف ومحمد: له الميراث، على أصلهما أنه قد عتق كله.[١]

## [ميراث ابن الملاعنة في ذوي الأرحام ممن لا فريضة له]

[١٠٠٠.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ماتت بنت الملاعنة وتركت زوجا وأب أمها وابن أخيها: فللزوج النصف، والباقي لأب الأم. وقالا: الباقي لابن الأخ. وهذا على اختلافهم في تقديم من له ولاد على ولد الأم، وقد بيناه.[٢]

---

١ انظر: الأصل، ٦/١١٦، ٣٩٩.

٢ انظر: الأصل، ٦/٩٢.

## [ميراث الخنثى]

[١٠٠١.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ترك ولدا خنثى وابنا غير خنثى: فإن الخنثى يعطى نصيب بنت حتى يُعلم غير ذلك. وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة، للابن أربعة وللخنثى ثلاثة. وقال محمد: يقسم الميراث بينهما على تنزيل الأحوال، [٢٧٥و] فيكون للخنثى خمسة من اثني عشر وللابن سبعة.[١]

لأبي حنيفة: أن استحقاق الخنثى للثلث متيقن، وما زاد عليه مشكوك فيه، فلا يجوز إثباته بالشك. ولأن سبب الاستحقاق غير متيقن، وهو كونه ذكرا، ومتى لم يتيقن سبب الاستحقاق لم يجز إثبات المال به.

وجه قول أبي يوسف: أنهما لو كانا ذكرين كان المال بينهما على ثمانية، للخنثى أربعة أسهم، سهمان متيقن وسهمان يشك فيهما، فيسقط سهم ويثبت سهم.

وجه قول محمد: أن الخنثى لو كان ذكرا لصار المال مقسوما بينهم نصفين. وإن كان أنثى كان للخنثى الثلث، فاجعل المال اثني عشر، للخنثى في حال ستة، وفي حال أربعة، فلها نصف الحالين خمسة، وللابن ستة في حال، وثمانية في حال، فله نصف الحالين سبعة.

## [ميراث الجدات]

[١٠٠٢.] مسألة قال أبو يوسف: إذا زوَّجت المرأة بنت بنتها من ابن بنتها فولدت منه ولدا: إن هذه المرأة جدة الولد من قبل أبيه ومن قبل أمه، فإن مات الولد وترك هذه الجدة وجدة أخرى من قبل أمه فالسدس بينهما نصفان. وقال محمد: أثلاثا.[٢]

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ١٤٧/٤، ١٤٨.

٢ انظر: الأصل، ١٤٧/٦.

لأبي يوسف: أن هاتين الجدتين تشتركان في السدس، والجدات متى اشتركن في السدس تساوين، كأم الأم وأم الأب. ولأن الجدة من وجهين لو حصل تفضيل لها لقدمت، كبنت الأخت من الأب والأم وبنت الأخت من الأب.

لمحمد: أن التي لها قرابة من جهتين في حكم جدتين؛ بدلالة أن كل جهة لو حصلت منها جدة لاستحقتا جميعا، والجدة التي لها قرابة من جهة واحدة حصل لها قرب من جهة واحدة، فصرن كثلاث جدات.

## [ميراث ولد جارية بين أخوين ادعياه]

[١٠٠٣.] مسألة قال أبو يوسف في جارية بين أخوين جاءت ببنت فادعياها: فهي بنتهما، فإن ماتا ثم مات أبوهما، وتركها وعصبة: فلها النصف. وقال زفر: لها الثلثان.[١]

لأبي يوسف: أنها وإن كانت بنتا لكل واحد من الولدين فهي في حق الجد، كالواحدة؛ ألا ترى أنه لو مات أحد [٢٧٥ظ] الأبوين يثبت في حق الآخر كما لو ادعاها وحده، والجد منفرد بنسبها، فصار كالأب الواحد في حقها. ولأنها تنسب إليه بجهتين وهي جهة واحدة، والتفضيل يقع باجتماع الجهتين، مثل الأخ من الأب والأم.

وجه قول زفر: أنها صارت في حق الابنين كشخصين، فكذلك في حق الجد؛ ألا ترى أنهما يردان نسبهما إلى أبيهما، فوجب أن يثبت ذلك على الوجه الذي يثبت حقها. ولأن التفضيل يقع بالأب والأم مع ضعف الأم، فلأن يقع بالأبوين أولى.

---

١ انظر: الأصل، ٦/١١٨، ١١٩؛ مختصر اختلاف العلماء، ٤/٤٥٠، ٤٥١.

## [ميراث المرأة في الطلاق المشكوك]

[١٠٠٤.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا قال: "امرأته طالق ثلاثا أو عبده حر" ثم مات قبل أن يبين: عتق نصف العبد لم[١] يقع الطلاق وورثت. وقال محمد: للمرأة نصف الميراث، وإن لم يكن قد دخل بها: فلها ثلاثة أرباع المهر إن كان للزوج مال غير العبد، وإن لم يكن له مال غيره فليس لها زيادة على نصف المهر، ولا شيء لها من السعاية. وهو قول زفر، وروي عن أبي يوسف أنه قال: للمرأة نصف الميراث، وثلاثة أرباع المهر من السعاية وغيره.[٢]

أما أبو حنيفة فقال: إن حرف "أو" إذا دخل بين الشيئين أفاد التخيير، فإذا قال: "امرأته طالق أو عبده حر" فقد أوقع أحد الأمرين، فيعتق العبد في حال ولا يعتق في أخرى، فيعتق نصفه ويسعى في بقيته، على أصله: أن عتق البعض لا يوجب عتق الجميع. فأما الطلاق فلو أوقعنا بعضه لوقع جميعه؛ لأنه لا يتبعض، ولو أوقعناه أوقعناهما جميعا، وقول الزوج يقتضي أحدهما فلم يجز إيقاعهما.

وجه قول أبي يوسف: أنه يحتمل أن يكون الطلاق وقع عليها واحتمل أن لا يقع، فاعتبر الأحوال. ولم يخص السعاية؛ لأنها مال للميت وما حكم به ميراث، فحق الوارث يثبت فيه.

وأما محمد فقال: الطلاق يقع على المرأة في حال فيحرمها جميع الميراث؛ ولا يقع في حال فيثبت جميع الميراث: فثبت نصفه وسقط نصفه. وأما المهر فإن كان لم يدخل بها فلها نصف المهر في جميع [٢٧٦و] الأحوال، والشك وقع في النصف

١ في المخطوط: ولم، ولعل الصواب ما أثبت.

٢ انظر: عيون المسائل، ١١١؛ النكت للسرخسي، ٦٦، ٦٧.

الآخر، فكان نصفين، ولم يجعل لها من السعاية مهر ولا ميراث؛ لأن في زعمها أن العبد حر، وأن العتق واقع من غير سعاية، فلم يجز أن يستحق منها شيئا.

[ما يحبس من الميراث للجنين]

[١٠٠٥.] مسألة روى هشام عن أبي يوسف فيمن مات وترك امرأة حاملا وطلب الورثة القسمة: أنه يحبس ميراث غلامين، وهو قول محمد. وذكر الخصاف عن أبي يوسف أنه قال: أوقف نصيب ابن واحد.[١]

وجه الرواية الأولى: أن المرأة قد تلد ولدين، وما زاد عليه نادر فوجب إيقافه، وكان اعتبار الاحتياط أولى من إيقاف نصيب ابن واحد. وجه الرواية الأخرى: أن العادة في الولادة واحد فوجب اعتبار العادة، وترك ما سواها، كما وجب ترك ما زاد على الاثنين.

[الإقرار بدين لامرأة ثم تزوجها]

[١٠٠٦.] مسألة قال أصحابنا: إذا أقر المريض لامرأة بدين ثم تزوجها، ومات من ذلك المرض: جاز الإقرار. وقال زفر: لا يجوز.[٢]

وجه قولهم: أنه إقرار لأجنبي فثبت من غير مراعاة، والتزويج سبب حادث لا يستند إلى حالة متقدمة، فاعتبر ما صح من الإقرار حال وجوده. وليس كذلك إذا أقر لابنه وهو عبد، ثم أعتق؛ لأن الإرث يستند إلى حق النسب الذي كان موجودًا فيما بينهما وقت الإقرار، فيصير متهمًا، فلا ينفذ إقراره. ولا يلزم على هذا: إذا أوصى لها أو وهب في مرضه، ثم تزوجها؛ لأن هذه الأمور تقف مراعاة على الموت، وإنما يستقر عند الموت، وهي وارثة في تلك الحال فلم يصح.

---

١ انظر: عيون المسائل، ٣٣٤.

٢ انظر: الأصل، ٤٤٥/٥.

وجه قول زفر: أن تصرف المريض في حال مرضه مراعى كوصيته. ولأنه متهم في أن يكون أراد تزويجها وبدأ الإقرار لتصحيحه لها.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف: فيمن أقر لامرأته وهو مريض ثم طلقها قبل الدخول ثم تزوجها ومات: جاز إقراره. وقال زفر: لا يجوز. [٢٧٦ظ]

وجه قولهما: أنها خرجت من أن تكون وارثة بالطلاق، ولا عدة عليها فجاز الإقرار، والتزويج بعده لا يمنع من صحته، مثل أن يقر لها بعد ما طلقها ثم تزوجها. ولأن خروجها من أن تكون وارثة إذا جوّز الإقرار لها ابتداء فالبقاء أولى. وأما زفر فمن أصله: أنه لو أقر لها بعد الطلاق لم ترث، فكذلك البقاء.

## [إقرار المريض لامرأته بمال وأنه طلقها وانقضت عدتها]

[١٠٠٧.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: إذا أقر المريض لامرأته بمال، وأقر أنه طلقها وانقضت عدتها، فصدقته: فلها الأقل مما أقر ومن ميراثها. وإن تزوجت قبل أن يموت جاز الإقرار. وقال أبو يوسف: الإقرار جائز في الوجهين.

وجه قولهما: أنهما لما تصادقا على طلاق متقدم وانقضاء العدة كانا متهمين، فصدقا في حق أنفسهما، ولم يصدقا في حق غيرهما. وليس كذلك إذا تزوجت؛ لأنا حكمنا بصحة التزويج، وهذا المعنى يقتضي الحكم بالطلاق وانقضاء العدة في حق غير الزوجين، فوجب أن يحكم بانقضائها في حق باقي الورثة.

وجه قول أبي يوسف: أنا حكمنا بالطلاق بانقضاء العدة؛ لتصادقهما، فخرجت من أن تكون وارثة، كما لو طلقها وقالت: "قد انقضت عدتي" في زمان تنقضي العدة في مثله.

## [الإقرار لامرأة ابنه بدين، فماتت، ومات المريض]

[١٠٠٨.] مسألة قال أبو يوسف: إذا أقر لامرأة ابنه بدين، ثم ماتت المرأة، وابنه وارثها، ثم مات المريض: جاز الإقرار. وقال زفر: لا يجوز.

وجه قول أبي يوسف: أن الإقرار صح في حال لم يكن بينهما توارث، فصار كالإقرار لسائر الأجانب، وانتقال مال ورثها إلى وارثه يتعلق بسبب حادث فكأنها وهبت للوارث. وجه قول زفر: أن المال لما حصل في الثاني للوارث صار كأنهما توصلا إلى تحصيله له بفعله.

وعلى هذا الخلاف: إذا أقر لابن ابنه بدين، فمات فورثه ابنه، فلو أقر لرجل بدين فقتله في مرضه: لم يبطل ما أقر له على ما بينا أن الإقرار متى صح وليس معه [٢٧٧و] سبب مانع ثم طرأ عليه المنع اعتبر حال وجود الإقرار دون ما بعده، وعلى قول زفر: يعتبر حال الموت، فيصير ما وجد في حال المرض كالموجود في حال الإقرار.

وقالوا جميعا: لو أقر بعد الجرح لم يجز؛ لأنه سبب القتل، فحصل الإقرار مع وجود سبب المنع.

وعلى هذا قال أبو يوسف: إذا وهب جميع ماله، ولا وارث له، ثم وَالى رجلا جازت هبته؛ لأنه لم يكن له وارث فحصلت هبته من غير مراعاة. وعلى قول زفر: أن ما يحصل في المرض فإنه يقع مراعى، فما طرأ من الموالاة بمنزلة الموجود حال الهبة.

## [إقرار المريض بعبد في غيره أنه ابنه]

[١٠٠٩.] مسألة قال أبو يوسف: إذا أقر المريض بعبد رجل أنه "ابنه وأنه حر"، ثم مات من مرضه، فصدقه سيده في حياته: ورث، وإن كان بعد موته لم يرث. وقال زفر: يرث في الوجهين.

وجه قول أبي يوسف: أنه إذا صدقه في حياته فقد حكمنا بحريته، فحصل الموت وهو ممن يرث، فصار كمن أقر بحرٍ. وأما إذا لم يصدقه فقد حصل الموت والرق موجود، [فانتقل][1] المال إلى غيره، ولا يصدق بتصديقه. وليس كذلك إذا أقر بزوجة ثم مات، فصدقته؛ لأنها حرة حال الإقرار، فهي على صفة يجوز ثبوت الإرث لها عند الموت.

وجه قول زفر: أن التصديق متى انضم إلى الإقرار حكم بثبوت حال وقوعه، فصار كأنه صدقه في ذلك الوقت.

وقد حكى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة فيمن في يده مال أقر أنه "وديعة لفلان الميت، وأن هذا ابنه لا وارث له غيره": دفع إليه. ولو قال: "أودعنيه فلان"، وزعم أنه كان عبدا لهذا فأعتقه، وهو وارثه: لم يصدقه الحاكم، وجعل المال للمسلمين. والفرق بينهما: أن النسب سبب ثابت، فمتى أضاف الإقرار به إلى المودع حصل الموت وحق الغير متعلق بالمال، فلم ينتقل الميراث إلى المسلمين. وأما الولاء إذا اعترف به فقد حصل الموت وليس هناك نسب [٢٧٧ظ] فانتقل المال في الظاهر إلى المسلمين، فلم يصدق في إثبات الولاء.

## [ميراث ولد جارية بين رجل وابنه ادعياه]

[١٠١٠.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا كانت جارية بين رجل وابنه، فجاءت بولد، فادعياه: فدعوة الأب مقدمة؛ لأنه مالك لنصيبه وله شبهة ملك في النصف الآخر. وقال زفر: شبهة الملك لا معتبر بها مع الملك، فيثبت النسب عنهما. فإن كان الولد بنتا فمات الأب بعد ذلك ورثته هي وأخوها؛ لأنهما ابن وبنت. فإن

---

١ في المخطوط: فانتقال، ولعل الصواب ما أثبت.

مات ابنه بعد ذلك كان لها النصف؛ لأنها بنت والباقي لها، لأنها أخت. ولا شيء للعصبة؛ لأنه اجتمع لهما قرابتان من جهتين، فاستحقت بهما، كابني عم أحدهما أخ لأم.[1]

## [إقرار الوارث بوصية بالثلث لرجل، ثم لآخر]

[١٠١١.] مسألة قال أصحابنا: إذا أقر لرجل بأن أباه أوصى بثلث ماله لرجل، ثم أقر أنه لآخر: فالثلث للأول، ولا شيء للثاني. وقال زفر: للأول الثلث وللثاني خمس ما بقي.[2]

وجه قولهم: أن الثلث استحقه الأول بالإقرار، فصار كما لو استحقه بالبينة. ولأنه لا يجوز أن يستحق على الوارث بالوصية أكثر من الثلث، وقد استحق ذلك للأول.

وجه قول زفر: أن إقرار الوارث يتضمن للثاني نصف الثلث، وأن المال مقسوم على ستة: للوارث أربعة، وما بقي على خمسة، وقد أخذ الموصى له الأول حقه وزيادة، فصار الباقي على حقهما.

## [إقرار الوارث بوصية بالثلث لرجل، ثم لآخر إقرارًا متصلًا]

[١٠١٢.] مسألة روى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف في الوارث إذا قال: "أوصى إليَّ بالثلث لفلان"، ثم قال: "لا بل لفلان" فإن كان دفع إلى الأول بالقضاء لم يضمن للثاني، وإن دفع إليه بغير قضاء ضمن. وقال زفر: يضمن للثاني في الوجهين. وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف مثل قول زفر.[3]

---

١ انظر: الأصل، ٦/١١٩.

٢ انظر: الأصل، ٥/٥٠٧.

٣ انظر: الأصل، ٥/٥٠٧.

وجه قول أبي حنيفة: أن مجرد الإقرار لا يتعلق به ضمان في حق الغير؛ بدلالة أن من أقر لرجل بعبد فسلمه القاضي إليه، ثم أقر به لآخر لم يضمن شيئًا، ولم يوجد في مسألتنا إلا مجرد الإقرار فلم يضمن. وليس كذلك إذا دفع بغير قضاء؛ لأنه اعترف أنه دفع ماله بغير حق، وهذا فعل يوجب الضمان.

وجه قول [٢٧٨و] زفر: أن اعترافه يقتضي أنه أقر بباطل. وأنه أتلف ما يستحقه في الثاني، فكان عليه ضمانه.

## [أحد الورثة يقر بوصية والآخر ينكر]

[١٠١٣.] مسألة قال أبو حنيفة: إذا ترك ابنين، فأقر أحدهما أن الميت أوصى لرجل بثلث ماله، وأنكر الآخر: فإن المقر يقاسم ما في يده على ثلاثة. وقال زفر: يقاسمه نصفين. وروي عن أبي يوسف روايتين.

وجه قول أبي حنيفة: أن من حكم الموصى له أن يشارك الوارث على التفصيل، فثبت حقه معه على ما يثبت في الأصل. وجه قول زفر: وهو القياس أن في زعم المقر أن الموصى له يستحق مثل حقه، فصار كما لو أقر بابن ثالث.

## [استحقاق الموصى له الثلث وإقرار الوراث به لآخر]

[١٠١٤.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا استحق الموصى له الثلث بالبينة، وأقر الوارث به لآخر: لم يتعلق بإقراره حكم. وقال زفر: يقاسم المقر له الورثة على ثلثه. وجه قولهما: أن الثلث قد استحق بالبينة، ولو حكمنا بالإقرار لاستحق بالوصية أكثر من الثلث، وهذا لا يصح. وجه قول زفر: أن في زعم المقر أن الأول أخذ الثلث بغير حق، فيقبل إقراره على نفسه وإن لم يقبل عليه.

## [الوصية بالدراهم المرسلة]

[١٠١٥.] مسألة قال أصحابنا: الموصى له بالدراهم المرسلة يضرب بجميعها وإن زاد على الثلث. وقال زفر: لا يضرب إلا بالثلث.[١]

وجه قولهم: أنها قد تخرج من الثلث من غير إجازة، فصار سببه سببا صحيحا فضرب بخمسة، كالموصى له بالثلث. وجه قول زفر: أن الموصي لا يملك الوصية بما زاد على الثلث، فلا فرق بين ذكر جزء معلوم أو دراهم معينة، كما لو أوصى من ملك الغير.

## [الوارث يقر بالعتق والوصية]

[١٠١٦.] مسألة قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا مات الرجل وترك ابنا وعبدا، فادعى العبد أن الميت أعتقه في مرضه، وادعى آخر أنه أوصى له بألف، فقال الوارث: "صدقتما": عتق العبد، وسعى في نصف قيمته، وأخذ الآخر نصف الألف؛ لأن العتق لو سبق كان مقدما، ولو سبق الإقرار بالوصية كان أولى، فإذا تساويا كان ذلك سهما. وقال أبو يوسف: لما وقع الإقراران معا كان العتق الذي [٢٧٨ظ] لا يلحقه الفسخ أولى.

## [ميراث أهل الذمة]

[١٠١٧.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: في نصراني مات وترك ابنا نصرانيا لا وارث له غيره، فأسلم، وأقام نصراني البينة أنه ابن الميت لم تقبل بينته إلا أن يكونوا مسلمين. وقال أبو يوسف: تقبل بينته.

وجه قولهما: أن هذه البينة توجب استحقاق المال على المسلم؛ بدلالة أن

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ٤/١٦٦-١٦٩.

المتقاسمين يستحق كل واحد منهما على صاحبه، والاستحقاق على المسلم لا يجوز بشهادة النصراني. لأبي يوسف: أن الشهادة تقع على الميت والمسلم يصير مقضيا عليه من طريق الحكم، وهذا غير ممتنع، مثل أن يقضى على عبد نصراني بدين ومولاه مسلم.

## [قسمة ميراث أهل الذمة من خمر وخنزير وجلد ميتة]

[١٠١٨.] مسألة قال أبو يوسف في نصراني مات وترك خمرا وخنازير وجلود ميتة: فإن أرادوا أن يقتسموا ذلك أمرهم القاضي بقسمته بينهم، وإن أسلموا بعد موته لم يقسمه بينهم. وقال زفر: يقسم بينهم جلود الميتة والخمر إن كانوا مأمونين.[١]

وجه قول أبي يوسف: أن القسمة تمليك، والإسلام ينفي تمليك الخمر فلم تجز القسمة. وليس كذلك قبل الإسلام؛ لأن الكفر لا يمنع تمليك الخمر، فكذلك لا يمنع القسمة. وجه قول زفر: أنه يأمر بقسمة ما يصير مالا للمسلمين، ويتوصل إلى إحيائه، وما لا يصير مالا لا يقسمه.

## [اختلاف الابنين في دين الأب الميت]

[١٠١٩.] مسألة قال أبو حنيفة وزفر: إذا اختلف الابنان في دين أبيهما فالقول قول من يدعي الإسلام. وقال أبو يوسف: القول قول من في يده المال.

وجه قولهم: أن الظاهر مع من يدعي الإسلام؛ بدلالة الدار. وأن الأصل الإسلام والكفر طارئ، فلا يكون ذلك استحقاقًا بالظاهر؛ لأن الميراث على حكم ملك الميت ويده، فصار كأنه ليس في يد واحد منهما. وجه قول أبي يوسف: أن من له اليد فالظاهر معه؛ فلا يقبل قول غيره في استحقاق يده إلا ببينة.

---

١ انظر: الأصل، ٣/٣٥٢، ٣٥٣.

[من يرث في حال ولا يرث في أخرى]

[١٠٢٠.] مسألة قال أبو يوسف: [٢٧٩و] من يرث في حال ولا يرث في أخرى إذا أقام البينة على النسب: لم يأخذ شيئا حتى يشهد الشهود أنهم لا يعلمون له وارثا غيره. وقال زفر: يتلوم القاضي ويدفع إليه.

لأبي يوسف: أنا لا نعلم كونه وارثا بكونه أخا، فلم يكن في شهادة الشهود دلالة على استحقاق الإرث، فلم يجز إثبات ذلك بالشك. وجه قول زفر: أن الأخ يمنع الإرث إذا كان هناك وارث أقرب منه، وهذا المعنى لا يعلم، فلم يسقط حقه إلا بالبينة.

وعلى هذا إذا أوصى بجميع ماله لرجل لم يدفع إليه حتى يقيم البينة أنهم لا يعلمون للميت وارثا، فإن لم يقم بينة يدفع إليه الثلث، وحبس ما بقي. وقال زفر: يدفع إليه الجميع بعد التلوم.[١]

[تصديق أحد الورثة قول الوصي في القدر المنفق وتكذيب الآخر]

[١٠٢١.] مسألة قال أبو يوسف في الوصي إذا قال: "أنفقت على الصبيين ألف درهم من مالهما على كل واحد خمسمئة" وبلغا فأقر أحدهما وجحد الآخر: لم يضمن المقر للمنكر شيئا. وقال زفر: يضمن النصف.[٢]

لأبي يوسف: أن الوصي أمين فيما يخبر عن نصيبه، والقول قول الأمين فيما يخبر ما لم يكذبه الظاهر. لزفر: أن الوصي مصدق في براءة نفسه، فأما إن تفرد أحدهما

---

١ انظر: شرح مختصر الطحاوي، ١٣٩/٨، ١٤٠.

٢ انظر: الأصل، ٤٩٨/٥.

بنصيب دون الآخر فلا يصدق، ولو لم يضمن لانفرد الذي صدقه ببعض التركة.

## [مقاسمة الوصي الموصى له بالثلث]

[١٠٢٢.] مسألة قال أبو يوسف: إذا قاسم الوصي الموصى له بالثلث والورثة كبار حضور جاز عليهم. وقال زفر: لا يجوز.[١]

وجه قول أبي يوسف: أن الوصي قائم مقام الموصي في التصرف، فلو قسم الوصي ثم أوصى جاز، كذلك وصيته. وجه قول زفر: أن القسمة فيها تمليك، فلا يجوز في حق الكبير الحاضر كالبيع.

## [مات وله دين على بعض الورثة، والمدين مفلس]

[١٠٢٣.] مسألة قال أبو يوسف: إذا مات الرجل وترك ورثة، وللميت على بعض الورثة دين، وترك عروضا، والذي عليه الدين مفلس: لم يدفع إليه حصته من الميراث حتى يوفي الدين. وقال زفر: [٢٧٩ظ] يعطى نصيبه والدين عليه.

وجه قول أبي يوسف: أن الدين والعروض مشترك بينهم، فوجب أن يتساووا فيه، فلو دفعنا إليه نصيبه من العروض زالت المساواة، وسلم له أكثر من نصيبه من التركة، وهذا لا يجوز، كما لو أتلف بعض التركة.

وجه قول زفر: أن حقه ثابت في العروض على وجه المشاركة، فلم يجز أن يمنع من حقه لما عليه من الدين، كرجل له وديعة عند رجل وله عليه دين: لم يكن له حبس الوديعة بالدين.

---

١ انظر: الأصل، ٥/٤٩٨.

## [قبض أحد الورثة قدرًا من دين للمورث]

[١٠٢٤.] مسألة قال أبو يوسف: إذا مات وترك ثلاثة بنين، وللميت على رجل ألف درهم فلقيه أحدهم [يأخذ ثلثها]،[1] ثم إن أحد الأخوين لقي أخاه أخذ منه نصف ما أخذ. [وقال زفر: أخذ ثلثه].[2]

وجه قول أبي يوسف: أن حق كل واحد في المال كحق صاحبه، فوجب أن [يشتركا] في المقبوض. وجه قول زفر: أن الدين مشترك أثلاثا، فما يقبضه كل واحد منهم يقبضه على حقهم في الأصل، فلم يستحق هذا منه أكثر من حقه.

{آخر كتاب التقريب}

{والحمد لله رب العالمين، وصلواته علي سيدنا محمد النبي وآله وسلم. فرغ من نسخه إبراهيم بن حماد الأهوازي، بمشهد الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه، وذلك في يوم الثلاثاء، لسبع بقين من ربيع الآخر، سنة ثمانين وأربعمئة}

* * *

١ موضعه طمس في المخطوط، والتقدير من السياق.

٢ موضعه طمس في المخطوط، والتقدير من السياق.

# فهرس الآيات

* * *

# فهرس الأحاديث والآثار

* * *

# فهرس الأشعار



* * *

# فهرس الأعلام

* * *

# فهرس الكتب

* * *

# فهرس الفرق والجماعات



* * *

# فهرس الأماكن



* * *

# فهرس القواعد والضوابط الفقهية

* * *

# فهرس الاصطلاحات

* * *

# فهرس الاعتراضات والمناقشات

* * *

# المصادر والمراجع


- الآثار لأبي يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، (ت. ١٨٢هـ)، تحقيق: أبو الوفا، طبع: دار الكتب العلمية، بيروت.

- الآثار لمحمد بن الحسن، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، طبع: دار الكتب العلمية، بيروت.

- الأجناس، لأحمد بن محمد بن عمر الناطفي (ت. ٤٤٦هـ).

- أحكام القرآن، لأحمد بن علي الرازي الجصاص، (ت. ٣٧٠هـ)، تحقيق:عبد السلام شاهين، طبع: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.

- أحكام الوقف، أحمد بن عمرو الشيباني الخصاف، طبع: المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ١٣٢٢.

- أحكام الوقف، لهلال بن يحيى بن سلمة، طبع: دائرة المعارف العثمانية، الهند، ١٣٥٥هـ.

- أخبار أبي حنيفة، لأبي عبد الله الحسين بن علي الصيمري، (ت. ٤٣٦هـ)، طبع: عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٥م.

- اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، لمحمد بن الحسن الشيباني، (ت. ١٨٩هـ)، تحقيق:سهيل زكار، طبع: عبد الهادي حرصوني، دمشق، ١٤٠٠هـ.

- أسرار المسائل، لأبي زيد عبد الله بن عيسى الدبوسي، (ت. ٤٣٠ هـ)، المكتبة السليمانية، مراد ملا، ٧٥٠، ٧٥١.

- الأصل، لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، (ت. ١٨٩هـ)، تحقيق: محمد بوينوكالن، طبع: دار ابن حزم، بيروت، ٢٠١٢م.

- الإيضاح، لأبي القاسم الزجاجي، (ت. ٣٣٧هـ)، تحقيق: مازن المبارك، طبع: دار النفائس، بيروت، ١٩٨٦هـ.

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، (ت. ٩٧٠هـ)، طبع: دار الكتاب الإسلامي.

- البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن احمد بن موسى العيني (ت. ٨٥٥هـ)، طبع: دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

- تاج التراجم، زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودوني (ت. ٨٧٩هـ)، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، طبع: دار القلم، دمشق، ١٩٩٢م.

- تاج العروس، لأبي القيض، محمد بن محمد الحسيني الزبيدي، (ت. ١٢٠٥هـ)، تحقيق: مجموعة، طبع: دار الهداية.

- تاريخ بغداد، لأبي بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، (ت. ٤٦٣هـ)، تحقيق: بشار عواد، طبع: دار الغرب الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٢م.

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي بن محجن الزيلعي، (ت. ٧٤٣هـ)، طبع: المطبعة الأميرية، بولاق، ١٣١٣هـ.

- التجريد، لأحمد بن محمد بن احمد القدوري، (ت. ٤٢٨هـ)، تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، طبع: دار السلام، القاهرة، ٢٠٠٦.

- تفسير الطبري- جامع البيان في تأويل القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، (ت. ٣١٠هـ)، تحقيق: أحمد شاكر، طبع: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٠م.

- تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد الأزهري، (ت. ٣٧٠هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، طبع: دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١م.

- الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، لمحمد بن الحسن الشيباني (ت. ١٨٩ هـ)، شرح محمد عبد الحي اللكنوي (ت. ١٣٠٤هـ)، طبع: عالم الكتب بيروت، ١٤٠٦هـ.

- الجامع الكبير، لمحمد بن الحسن الشيباني (ت. ١٨٩ هـ)، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، طبع: لجنة إحياء المعارف النعمانية، بالهند، ١٣٥٦هـ.

- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن محمد القرشي (ت. ٧٧٥هـ)، طبع: مير محمد كتب خانه، كراتشي.

- الحجة على أهل المدينة، لمحمد بن الحسن الشيباني، (ت. ١٨٩هـ)، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، طبع: عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ

- الدرر الحكام شرح غرر الأحكام، لمحمد بن فرامرز بن علي، ملا خسرو، (ت.٨٨٥هـ)، طبع: دار إحياء الكتب العربية.

- ديوان النابغة الذبياني، لزياد بن معاوية بن ضباب، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، طبع: دار المعارف، القاهرة.

- ديوان ذي الرمة، لأبي الحارث غيلان بن عقبة، ذي الرمة، (ت. ١١٧هـ).

- رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عابدين، (ت. ١٢٥٢هـ)، طبع: دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م.

- سنن ابن ماجة، لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (ت. ٢٧٣هـ)، تحقيق: مركز البحوث بدار التأصيل، طبع: دار التأصيل، ٢٠١٤م.

- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني، (ت. ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، تحقيق: المكتبة العصرية، بيروت.

- سنن الدارقطني، لأبي الحسن علي بن عمر البغدادي، الدارقطني، (ت. ٣٨٥هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، طبع: مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٤م.

- سنن الدارمي، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الدرامي السمرقندي، (ت. ٢٥٥هـ)، تحقيق: حسين الداراني، طبع: دار المغني، السعودية، ٢٠٠٠م.

- السنن الصغير، لأبي بكر، احمد بن الحسين بن علي، البيهقي (ت. ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، طبع: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، ١٩٨٩م.

- سنن النسائي، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، (ت. ٣٠٣هـ)، تحقيق: عبد الفاتح أبو غدة، طبع: مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٩٨٦م.

- السير الصغير، لمحمد بن الحسن الشيباني، (ت. ١٨٩هـ)، تحقيق: مجيد خدوري، طبع: الدار المتحدة للنشر، بيروت، ١٩٧٥م.

- شرح الأقطع على مختصر القدوري ، السليمانية، مجموعة فاتح، رقم: ١٧٧١، ١٧٧٢.

- شرح الجامع الكبير، أحمد بن علي الرازي الجصاص، (ت. ٣٧٠هـ)، تحقيق: هاجر طوبة، جامعة استانبول، ٢٠١٨.

- شرح السير الكبير، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل، السرخسي، (ت. ٤٨٣هـ)، تحقيق: الشركة الشرقية للإعلانات، ١٩٧١م.

- شرح القدوري على مختصر الكرخي، السليمانية، مجموعة داماد إبراهيم، رقم: ٥٦٣.

- شرح اللمع، لأبي الفتح عثمان بن جني (ت. ٣٩٢ هـ)، تحقيق: محمد خليل مراد، طبع: دار الكتب العلمية، ١٤٢٨هـ.

- شرح مختصر الطحاوي، أحمد بن علي الرازي الجصاص، (ت. ٣٧٠هـ)، تحقيق: مجموعة، طبع: دار البشائر الإسلامية، ٢٠١٠م.

- شرح مشكل الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت. ٣٢١هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، طبع: مؤسسة الرسالة، ١٩٩٤م.

- شرح معاني الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت. ٣٢١هـ)، تحقيق: محمد زهري النجار، طبع: عالم الكتب، ١٩٩٤م.

- شعب الإيمان، لأبي بكر، احمد بن الحسين بن علي، البيهقي (ت. ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد العلي حامد، طبع: مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٣م.

- صحيح ابن حبان، لمحمد بن حبان بن أحمد الدارمي البستي، (ت. ٢٥٤هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، طبع: مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨م.

- صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة (ت. ٣١١هـ)، طبع: دار التأصيل، القاهرة، ٢٠١٤م.

- صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر، طبع: دار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ.

– صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج القشيري، (ت. ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبع: دار إحياء التراث.

– طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، (ت. ٧٧١هـ)، تحقيق: محمد الطناحي، وعبد الفتاح الحلو، طبع: دار هجر، ١٤١٣هـ.

– العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، (ت. ١٧٠هـ)، تحقيق: مهدي المخزومي، طبع: دار الهلال.

– عيون المسائل، لأبي الليث نصر بن محمد السمرقندي (ت. ٣٧٣هـ)، تحقيق: صلاح الدين الناهي، طبع: مطبعة أسعد بغداد، ١٣٨٦هـ.

– الفوائد البهية في تراجم الحنفية، لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، تصحيح: محمد بدر الدين النعساني، طبع: دار السعادة مصر، ١٣٢٤هـ.

– الكتاب، لأبي بشر، عمرو بن عثمان بن قنبر، سيبويه (ت. ١٨٠هـ)، طبع: مكتبة الخانجي، القاهرة، ١٩٨٨م.

– اللباب، لأبي البقاء عبد الله بن الحسين العكبري، (ت. ٦١٦هـ)، تحقيق: عبد الإله النبهان، طبع: دار الفكر، دمشق، ١٩٩٥م.

– لسان العرب، لجمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن على، ابن منظور (ت. ٧١١هـ)، طبع: دار صادر بيروت، ١٤١٤هـ.

– المحكم، لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده (ت. ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، طبع: دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م.

– المخارج في الحيل، لمحمد بن الحسن الشيباني، (ت. ١٨٩هـ)، طبع: مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ١٩٩٩م.

– مختصر اختلاف العلماء، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت. ٣٢١هـ)، تحقيق: عبد الله نذير، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٤١٧هـ.

– مختصر الطحاوي، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت. ٣٢١هـ)، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، طبع: إحياء المعارف النعمانية، الهند.

- مختصر القدوري، لأحمد بن محمد بن أحمد القدوري، (ت. ٤٢٨هـ)، تحقيق: كامل محمد عويضة، طبع: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.

- مسند أبي حنيفة لابن خسرو، لأبي عبد الله الحسين بن محمد بن خسرو، (ت. ٥٥٢هـ)، تحقيق: لطيف الرحمن القاسمي، طبع: المكتبة الإمدادية، ٢٠١٠.

- مسند أبي حنيفة للحارثي، لأبي محمد عبد الله بن محمد بن يعقوب الحارثي، (ت. ٣٤٠هـ)، تحقيق: لطيف الرحمن القاسمي، طبع: المكتبة الإمدادية، مكة، ٢٠١٠.

- مسند أبي حنيفة، برواية الحصكفي، تحقيق: عبد الرحمن حسن محمود، طبع: الآداب، مصر.

- مسند أحمد، لأبي عبد الله أحمد بن حنبل (ت. ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرين، طبع: مؤسسة الرسالة، ٢٠٠١م.

- مصنف ابن أبي شيبة، لأبي بكر عبد الله بن محمد، ابن أبي شيبة (ت. ٢٣٥هـ)، تحقيق: محمد عوامة، طبع: دار القبلة.

- مصنف عبد الرزاق الصنعاني، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت. ٢١١هـ)، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، طبع: المجلس العلمي الهند، ١٤٠٣هـ.

- المعجم الأوسط، لسليمان بن احمد بن أيوب، الطبراني، (ت. ٣٦٠هـ)، تحقيق: طارق عوض الله طبع: دار الحرمين، القاهرة.

- معجم البلدان، لشهاب الدين ياقوت بن عبد الله الحموي، (ت. ٦٢٦هـ)، طبع: دار صادر، بيروت، ١٩٩٥م.

- المعجم الكبير، لسليمان بن احمد بن أيوب، الطبراني، (ت. ٣٦٠هـ)، تحقيق: حمدي السلفي، طبع: مكتبة ابن تيمية، القاهرة.

- معرفة السنن والآثار، لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي (ت. ٤٥٨هـ)، تحقيق: عبد المعطي قلعجي، طبع: جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، ١٩٩١.

- المغرب، لأبي الفتح ناصر بن عبد السيد الخوارزمي المطرزي، (ت. ٦١٠هـ)، طبع: دار الكتاب العربي.

- منتخب الزيادات، لصدر الدين سليمان، السليمانية، مجموعة لاله لي، رقم: ٩٤٦.

- المنتقى من مكارم الأخلاق، لأبي بكر محمد بن جعفر بن محمد الخرائطي (ت. ٣٢٧)، انتقاء: أبو طاهر السلفي، طبع: دار الفكر الإسلامي، دمشق، ١٤٠٦هـ.

- موطأ مالك برواية محمد بن الحسن، لمالك بن أنس الأصبحي (ت. ١٧٩هـ)، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، طبع: المكتبة العلمية.

- نصب الراية، لأبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، (ت. ٧٦٢هـ)، تحقيق: محمد عوامة، طبع: مؤسسة الريان، بيروت، ١٩٩٧م.

- النكت، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل، السرخسي، (ت. ٤٨٣هـ)، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، طبع: دار عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٦هـ.

- النهاية في غريب الحديث، لأبي السعادات المبارك بن محمد الشيباني، ابن الأثير، (ت. ٦٠٦هـ)، تحقيق: طاهر الزاوي، طبع: المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م.

- نوادر المعلى، لمعلى بن منصور، (ت.٢١١هـ) مكتبة جامعة إستنابول، برقم: ٤٣٥٢.

- النوازل، لأبي الليث نصر بن محمد السمرقندي (ت. ٣٧٣هـ).

- الهداية شرح البداية، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، (ت. ٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، طبع: دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- وفيات الأعيان، لأبي العباس أحمد بن محمد ابن خلكان، (ت. ٦٨١هـ)، تحقيق: إحسان عباس، طبع: دار صادر، بيروت.

Büyükkörükcü, M. Fatih, Hanefi Mezhebinde Irak Meşayıhı Kavramı, (basılmayan yüksek lisans tezi, Marmara Universitesi, Haziran 2020).

Dündar, Abdulhamit, Selçuklular Devri Badat Medreseleri: mâm-I zam Ebû Hanîfe Medresesi mei, (basılmayan yüksek lisans tezi, stanbul nversitesi, 2012).

* * *